رد المحتار

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

لخاتمة المحققين

محمد أمين الشهير بابن عابدين

مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

دراسة وتحقيق وتعليق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود — الشيخ علي محمد معوض

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل

كلية الدراسات - جامعة الأزهر

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية

الحدود - السرقة - الجهاد - اللقيط - اللقطة

الإباق - المفقود - الشركة - الوقف

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

الرياض

«مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خيراً يُفَقِّهْهُ في الدِّين».
«حديث شريف»

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الحُدُود

(الحد) لغة: المنع، وشرعاً: (عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى) زجراً، فلا تجوز الشفاعة فيه.

كِتَابُ الحُدُود

لما فرغ من الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة ذكر بعدها العقوبات المحضة، ولولا لزوم التفريق بين العبادات لكان ذكرها بعد الصوم أولى؛ لاشتماله على بيان كفارة الفطر المشتمل فيها جهة العقوبة نهر وفتح. وهي ستة أنواع: حد الزنا، وحد شرب الخمر خاصة، وحد السكر من غيرها والكمية متحدة فيهما، وحد القذف، وحد السرقة، وحد قطع الطريق بحر كمال. قوله: (الحد لغة) في بعض النسخ تعريفه بعده، فالضمير عائد على الحد المفهوم من الحدود. قوله: (المنع) ومنه سمي البواب والسجان حداداً لمنع الأول من الدخول والثاني من الخروج؛ وسمي المعرف للماهية حداً لمنعه من الدخول والخروج، وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه، وتمامه في النهر. قوله: (عقوبة) أي جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل، سميت بها لأنها تتلو الذنب، من تعقبه إذا تبعه قهستاني. قوله: (مقدرة) أي مبينة بالكتاب أو السنة أو الإجماع قهستاني، أو بأن لها قدراً خاصاً، ولذا قال في النهر: مقدرة بالموت في الرجم وفي غيره بالأسواط الآتية أي بالقطع الآتي. قوله: (حقاً لله تعالى) لأنه شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس من صيانة الأنساب والأموال والعقول والأعراض. قوله: (زجراً) بيان لحكمتها الأصلية، وهو الانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد، وهو وجه تسميتها حدوداً. قال في الفتح: والتحقيق ما قال بعض المشايخ: إنها موانع قبل الفعل، زواجر بعده، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه. قوله: (فلا تجوز الشفاعة فيه) تفريع على قوله

بعد الوصول للحاكم، وليس مطهراً عندنا، بل المطهر التوبة. وأجمعوا أنها لا تسقط الحدّ في الدنيا (فلا تعزير) حدّ لعدم تقديره (ولا قصاص حد) لأنه حق المولى

تجب[1] الخ). قال في الفتح: فإنه طلب ترك الواجب، ولذا أنكر ﷺ على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال: «أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ»[2]. قوله: (بعد الوصول للحاكم) وأما قبل الوصول إليه والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه، لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت، فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل، بل على الإمام عند الثبوت عنده، كذا في الفتح. وظاهره جواز الشفاعة بعد الوصول للحاكم قبل الثبوت عنده، وبه صرح ط عن الحموي. قوله: (بل المطهر التوبة) فإذا حدّ ولم يتب يبقى عليه إثم المعصية. وذهب كثير من العلماء إلى أنه مطهر، وأوضح دليلنا في النهر.

مَطْلَبٌ: التَّوْبَةُ تُسْقِطُ الحَدَّ قَبْلَ ثُبُوتِهِ

قوله: (وأجمعوا الخ) الظاهر أن المراد أنها لا تسقط الحد الثابت عند الحاكم بعد الرفع إليه، أما قبله فيسقط الحد بالتوبة، حتى في قطاع الطريق سواء كان قبل جنايتهم على نفس أو عضو أو مال أو كان بعد شيء من ذلك، كما سيأتي في بابه، وبه صرح في البحر هنا خلافاً لما في النهر؛ نعم يبقى عليهم حق العبد من القصاص إن قتلوا، والضمان إن أخذوا المال؛ وقول البحر: والقطع إن أخذوا المال سبق قلم، وصوابه: والضمان.

والحاصل أن بقاء حق العبد لا ينافي سقوط الحد، وكأنه في النهر توهم أن الباقي هو الحد وليس كذلك، فافهم، وفي البحر عن الظهيرية: رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى فإنه لا يعلم القاضي بفاحشته لإقامة الحد عليه، لأن الستر مندوب إليه اهـ. وفي شرح الأشباه للبيري عن الجوهر: رجل شرب الخمر وزنى ثم تاب ولم يحد في الدنيا هل يحد له في الآخرة؟ قال: الحدود حقوق الله تعالى، إلا أنه تعلق بها حق الناس وهو الانزجار، فإذا تاب توبة نصوحاً أرجو أن لا يحد في الآخرة، فإنه لا يكون أكثر من الكفر والردة، وإنه يزول بالإسلام والتوبة. قوله: (فلا تعزير حد) «تعزير» اسم لا مبني معها على الفتح، و «حدّ» خبرها، وكذا قوله: «ولا قصاص حد» وقدر الشارح خبراً للأول، لأن الخبر المذكور مفرد لا يصلح خبراً لهما، لكنه مصدر للجنس فيصلح لهما، والخطب في ذلك سهل. ثم إن الأول مفرع على قوله: مقدرة،

(1) في ط قوله تفريع على قوله تجب) هكذا بخطه بالمضارع، والذي في الشرح: ويأتي له بعد ذلك وجب بالماضي، والخطب سهل.

(2) أخرجه البخاري 6/ 13 (3475) ومسلم 3/ 1315 (م/ 1688).

(والزنا) الموجب للحد (وطء) وهو إدخال قدر حشفة من ذكر (مكلف) خرج الصبي والمعتوه (ناطق) خرج وطء الأخرس، فلا حد عليه مطلقاً للشبهة. وأما الأعمى فيحد للزنا بالإقرار لا بالبرهان.

والثاني على قوله وجبت حقاً لله تعالى. وقوله: «لعدم تقديره» أي تقدير التعزير: أي كل أنواعه؛ لأن المقدر بعضها وهو الضرب، على أن الضرب وإن كان أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون، لكن ما بين الأقل والأكثر ليس بمقدر كما أفاده في البحر.

مَطْلَبٌ: أَحْكَامُ الزِّنَا

قوله: (والزنا) بالقصر في لغة أهل الحجاز فيكتب بالياء، وبالمد في لغة أهل نجد فيكتب بالألف. بدأ بالكلام عليه لأنه لصيانة النسل فكان راجعاً إلى الوجود وهو الأصل، ولكثرة وقوع سببه مع قطعيته، بخلاف السرقة فإنها لا تكثر كثرته، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية. نهر وفتح.

مَطْلَبٌ: الزِّنَا شَرْعاً لَا يَخْتَصُّ بِمَا يُوجِبُ الحَدَّ بَلْ أَعَمُّ

قوله: (الموجب للحد) قيد به لأن الزنا في اللغة والشرع بمعنى واحد، وهو وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل بما هو أعم، والموجب للحد بعض أنواعه. ولو وطىء جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا، فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحد به، وتمامه في الفتح. وبه علم أن ما في الكنز وغيره من تعريف الزنا بما مر تعريف للشرعي الأعم، فلا يعترض عليه بترك القيود التي ذكرها المصنف هنا، لأنه تعريف للأخص الموجب للحد، على أن القيود المذكورة خارجة عن الماهية لأنها شروط لإجراء الحكم كما في النهر. تأمل. قوله: (قدر حشفة) أي حشفة أو قدرها من كان مقطوعها، لكن صرح بالخفي وسكت عن الظاهر لعلمه بالأولى اختصاراً، أو أقحم لفظ قدر لإفادة التعميم لا للاحتراز عن نفس الحشفة، فالإيلاج بعضها غير موجب للحد لأنه ليس وطئاً؛ ولذا لم يوجب الغسل ولم يفسد الحج كما في الجوهرة، وأشار بسكوته عن الإنزال إلى أنه غير شرط. قوله: (مكلف) أي عاقل بالغ، ولم يقل مسلم لأنه غير شرط في حق الجلد. قوله: (مطلقاً) سواء ثبت عليه بإقراره بالإشارة أو ببينة كما في البحر وغيره. قوله: (لا بالبرهان) ذكر ابن الشحنة في شرح الوهبانية أنه رآه في نسخته الخانية، وذكر أن المصنف: يعني ابن وهبان خص ذلك بالأخرس.

أقول: الذي رأيته في نسختين من الخانية هكذا: ولو أقر الأخرس بالزنا أربع مرات في كتاب كتبه أو إشارة لا يحد، ولو شهد عليه الشهود بالزنا لا تقبل. الأعمى إذا أقر بالزنا فهو بمنزلة البصير في حكم الإقرار اهـ فقوله: ولو شهد عليه الشهود الخ،

شرح وهبانية (طائع في قبل مشتهاة) حالاً أو ماضياً خرج المكره والدبر ونحو الصغيرة (خال عن ملكه) أي ملك الواطئ، (وشبهته) أي في المحل لا في الفعل. ذكره ابن الكمال، وزاد الكمال (في دار الإسلام) لأنه لا حد بالزنا في دار الحرب (أو تمكينه من ذلك) بأن استلقى فقعدت على ذكره فإنهما يحدان لوجود التمكين (أو تمكينها)

إنما ذكره في الأخرس لا في الأعمى، خلافاً لما رآه ابن الشحنة في نسخته فإنه غلط، لقول الفتح والبحر: بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه، ومثله في التاترخانية عن المضمرات، وبه جزم في شرح الوهبانية للشرنبلالي وشرح الكنز للمقدسي. قوله: (في قبل) متعلق بوطء. قوله: (أو ماضياً) أدخل به العجوز الشوهاء فإنها وإن لم تكن مشتهاة في الحال لكنها كانت مشتهاة فيما مضى. قوله: (خرج المكره) أي بقيد طائع والدبر بقيد قبل، وهذا بناء على قول الإمام من أنه لا حد باللواطة، أما على قولهما من أنه يحد بفعل ذلك في الأجنبي فيدخل في الزنا، وسيأتي في الباب الآتي. قوله: (ونحو الصغيرة) هو الميتة والبهيمة ح. وهذا خرج بقيد مشتهاة، والمراد الصغيرة ونحوها. فإقحام لفظ نحو لقصد التعميم كما مر آنفاً، ويغايره على أحد الاحتمالات قولهم: مثلك لا يبخل. قوله: (خال عن ملكه) أي ملك يمينه وملك نكاحه، وهو صفة لقبل ط. أو صفة لوطء. قوله: (وشبهته) أي شبهة ملك اليمين وملك النكاح، فالأولى كوطء جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون، أو جارية المغنم بعد الإحراز بدارنا في حق الغازي، والثانية كتزوج امرأة بلا شهود أو أمة بلا إذن مولاها، أو تزوج العبد بلا إذن مولاه. حموي عن المفتاح ط. قوله: (أي في المحل) ويقال لها شبهة حكمية كوطء جارية ابنه ط. قوله: (لا في الفعل) وتسمى شبهة اشتباه كوطء معتدة الثلاث.

وحاصله أن شرط كون الوطء زنا خلوه عن شبهة المحل لأنها توجب نفي الحد وإن لم يظن حله، بخلاف شبهة الفعل فإنها لا تنفيه مطلقاً، بل إن ظن الحل، أما إن لم يظنه فلا، ولذا خصص الأولى بالإرادة مع أنه لو أريد خلوه عما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل فيها صح أيضاً. أفاده السيد أبو السعود. قوله: (في دار الإسلام) مفعول زاد، وهذا القيد يومىء إليه قولهم وأين هو، وكذا قولهم في الباب الآتي: لا حد بالزنا في دار الحرب والبغي. وعليه فكان الأولى أن يقول: في دار العدل، ليخرج دار البغي أيضاً، وهذا إذا لم يزن في عسكر الذي فيه السلطان أو نائبه المأذون له بإقامة الحد، وإلا فإنه يحد كما سيأتي هناك. قوله: (أو تمكينه) بالرفع عطف على وطء و(أو) للتقسيم والتنويع، واسم الإشارة للوطء ط. قوله: (فقعدت على ذكره) أي واستدخلته بنفسها. قوله: (أو تمكينها) لما كانت المرأة تحد حد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية في قوله: ﴿الزانية والزاني﴾ [النور: ٢] علم أنها تسمى زانية حقيقة، ولا

فإن فعلها ليس وطئاً بل تمكين، فتم التعريف، وزاد في المحيط: العلم بالتحريم؛ فلو لم يعلم لم يحد للشبهة. ورده في فتح القدير بحرمته في كل ملة.

يلزم من كونها لا تسمى واطئة أنها زانية مجازاً، فلذا زاد في التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها في المعرف وهو الزنا الموجب للحد، فلو لم يكن تمكينها زنا حقيقة لما احتيج إلى إدخاله في التعريف، وهو أيضاً أمارة كونها زانية حقيقة وإن لم تكن واطئة، كما أن الرجل يسمى زانياً حقيقة بالتمكين وإن لم يوجد منه الوطء حقيقة، وبه سقط ما في البحر من أن تسميتها زانية مجاز، فافهم. قوله: (فتم التعريف) تعريض بصاحب الكنز وغيره حيث عرفوه بالتعريف الأعم، وتقدم جوابه. تأمل. قوله: (وزاد في المحيط الخ) حيث قال: إن من شرائطه العلم بالتحريم، حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة. وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً زنى باليمن فكتب في ذلك عمر رضي الله تعالى عنه: إن كان يعلم أن الله حرم الزنا فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، فإن عاد فاجلدوه، ولأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم، فإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام أقيم مقام العلم، ولكن لا أقل من إيراث شبهة لعدم التبليغ اهـ. وبه علم أن الكون في دار الإسلام لا يقوم مقام العلم في وجوب الحد كما هو قائم مقامه في الأحكام كلها. ح عن البحر. قوله: (ورده في فتح القدير) أي في الباب الآتي بأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل، فالحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه، وإن كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد اهـ. وأقره في البحر والنهر والفتح والمقدسي والشرنبلالي. ونازع فيه ط بما مر عن عمر وبأن الحرمة الثابتة في كل ملة لا تنافي أن بعض الناس يجهلها. كيف والباب تقبل فيه الشبهات. وأما مسألة الحربي فلعلها على قول من لا يشترط العلم اهـ.

قلت: وكذا نازع فيه المحقق ابن أمير حاج في آخر شرحه على التحرير في بحث الجهل حيث قال بعد نقله ما مر عن المحيط: غير أن ظاهر قول المبسوط عقب هذا الأثر: فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الأحكام، يشير إلى أن هذا الظن في هذا الزمان لا يكون شبهة معتبرة لاشتهار الأحكام فيه؛ ولكن هذا إنما يكون مفيداً للحل بالنسبة إلى الناشىء في دار الإسلام، والمسلم المهاجر المقيم بها مدة يطلع فيها على ذلك؛ فأما المسلم المهاجر الواقع منه ذلك في فور دخوله فلا. وقد قال المصنف: يعني الكمال في شرح الهداية: ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء، وهو مفيد أن جهله يكون عذراً، وإذا لم يكن عذراً بعد الإسلام ولا قبله فمتى يتحقق كونه عذراً؟ وحينئذ فالفرع المذكور أي فرع الحربي هو المشكل فليتأمل اهـ.

(ويثبت بشهادة أربعة) رجال **(في مجلس واحد)** فلو جاؤوا متفرقين حدوا **(بـ)** لفظ **(الزنا لا)** مجرد لفظ **(الوطء والجماع)** وظاهر الدرر أن ما يفيد معنى الزنا

قلت: قد يجاب بأن العلم بالحرمة شرط فيمن ادعى الجهل بها وظهر عليه أمارة ذلك، بأن نشأ وحده في شاهق أو بين قوم جهال مثله لا يعلمون تحريمه أو يعتقدون إباحته، إذ لا ينكر وجود ذلك؛ فمن زنى وهو كذلك في فور دخوله دارنا لا شك في أنه لا يحد، إذ التكليف بالأحكام فرع العلم بها، وعلى هذا يحمل ما في المحيط. وما ذكر من نقل الإجماع بخلاف من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين أو في دار أهل الحرب المعتقدين حرمته ثم دخل دارنا فإنه إذا زنى يحد ولا يقبل اعتذاره بالجهل. وعليه يحمل فرع الحربي ويزول عنه الإشكال، وهو أيضاً محمل كلام الكمال، وبه يحصل التوفيق، وهو أولى من شق العصا والتفريق، هذا ما ظهر لي، والله سبحانه وتعالى أعلم. قوله: **(ويثبت)** أي الزنا عند القاضي، أما ثبوته في نفسه فبإيجاد الإنسان له لأنه فعل حسي. نهر. قوله: **(رجال)** لأنه لا مدخل لشهادة النساء في الحدود، وفيه ذلك من إدخال التاء في العدد كما هو الواقع في النصوص. قوله: **(فلو جاؤوا متفرقين حدوا)** أي حد القذف. ولو جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد قبلت شهادتهم، وإن كانوا خارج المسجد حدّوا جميعاً. بحر عن الظهيرية. وعبر بالمسجد لأنه محل جلوس القاضي. يعني أن اجتماعهم يعتبر في مجلس القاضي لا خارجه، فلو اجتمعوا خارجه ودخلوا عليه واحداً فهم متفرقون فيحدون. قوله: **(بلفظ الزنا)** متعلق بشهادة، فلو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا لم يحد، ولا تحد الشهود أيضاً إلا إذا شهد ثلاثة بالزنا والرابع بالإقرار به فتحد الثلاثة. ظهيرية. لأن شهادة الواحد بالإقرار لا تعتبر فبقي كلام الثلاثة قذفاً. بحر. قوله: **(لا مجرد لفظ الوطء والجماع)** لأن لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام دونهما، فلو شهدوا أنه وطئها وطأً محرماً لا يثبت. بحر: أي إلا إذا قال وطئاً هو زنا. والظاهر أنه يكفي صريحه من أي لسان كان كما صرح به في الشرنبلالية في حد القذف، فإنه يشترط فيه صريح الزنا كما هنا. تأمل. قوله: **(وظاهر الدرر الخ)** ونصها: أي بشهادة ملتبسة بلفظ الزنا لأنه الدال على فعل الحرام أو ما يفيد معناه، وسيأتي بيانه اهـ.

ولا يخفى أنها محتملة أن يكون قوله: «أو ما يفيد معناه» عطفاً على الضمير في قوله: «لأنه الدال» يعني أن الدال على فعل الحرام لفظ الزنا أو ما يفيد معناه، وليس ذلك صريحاً في أن ما يفيد معناه تصح الشهادة به. نعم ظاهر العبارة عطفه على لفظ الزنا، لكن قوله: «وسيأتي بيانه» أراد به كما قاله بعض المحشين ما ذكره في التعزير من أن حدّ القذف يجب بصريح الزنا أو بما هو في حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كقوله

يقوم مقامه (ولو) كان (الزوج أحدهم إذا لم يكن) الزوج (قذفها) ولم يشهد بزناها بولده للتهمة، لأنه يدفع اللعان عن نفسه في الأولى ويسقط نصف المهر لو قبل الدخول أو نفقة العدة لو بعده في الثانية. ظهيرية (فيسألهم الإمام عنه ما هو) أي عن ذاته وهو الإيلاج. عيني (وكيف هو وأين هو ومتى زنى وبمن زنى) لجواز كونه مكرهاً أو بدار الحرب أو في صباه أو بأمة ابنه، ويستقصي القاضي احتيالاً

في غصب: لست لأبيك أو بأبي هاتين أنه اهـ. وأنت خبير بأن هذا لا ينافي ما هنا فيؤيد ما قلنا من العطف على الضمير، فافهم. ثم إنه لو لم يبينه بما ذكر في التصوير أمكن حمله على أن المراد به ما كان صريحاً فهي من جهة أخرى، فافهم. قوله: (لأنه يدفع اللعان عن نفسه) بيان للتهمة، وعليه لو كان قذف أحدهم الرجل لم تقبل شهادته لما ذكر في الزوج، أفاده في البحر. قوله: (ويسقط نصف المهر) أي يسقط الزوج بهذه الشهادة نصفه بمجيء الفرقة من قبلها حيث كانت مطاوعة لولده، وأما بعد الدخول فلا يسقط شيء من المهر بمطاوعتها له، بل تسقط النفقة لنشوزها. قوله: (ظهيرية) ومثله في البحر عن المحيط بزيادة: وتحد الثلاثة ولا يحد الزوج. قوله: (فيسألهم الإمام الخ) أي وجوباً. وقال قاضيخان: ينبغي أن يسألهم. در منتقى. والظاهر أن ينبغي بمعنى يجب، لأن هذا لبيان شروط لإقامة الحد. قال في الفتح بعدما صرح بالوجوب: ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنهما زنيا لا يحد المشهود عليه ولا الشهود، لتكامل عددهم. قوله: (أي عن ذاته وهو الإيلاج) تفسير للماهية المعبر عنها بما هو، وظاهر كلامه أنه ليس المراد بالماهية الحقيقية الشرعية المارة كما في البحر، لكن ذكر في الفتح فائدة سؤاله عن الماهية أن الشاهد عساه يظن أن مماسة الفرجين حراماً زناء أو أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا. قال في النهر: وهو ظاهر في أن المراد بماهيته حقيقته الشرعية، إلا أن هذا يستلزم الاستغناء عن الكيفية والمكان المتضمن السؤال عن ذلك، فهو من عطف الخاص على العام اهـ.

قلت: الاستغناء ممنوع، لأن الماهية بيان حقيقة الزنا من حيث هو، وأما الكيفية والمكان وغيرها فهي في هذا الزنا: أي الزنا الخاص المشهود به، فيسألهم عن ذلك ليعلم أن هذا الخاص تحققت فيه الماهية الشرعية احتياطاً في درء الحد، فتدبر. قوله: (لجواز كونه مكرهاً إلخ) بيان لقوله: وكيف هو على طريق الترتيب، والأولى أن يقول: بإكراه، لأن الضمير عائد على الزنا، لأنه المسؤول عنه لا على الزاني. قوله: (أو في صباه) وكذا يحتمل أن يكون بعد بلوغه، لكن في زمان متقادم كما في الفتح وغيره، ويأتي حد التقادم. قوله: (أو بأمة ابنه) أي ونحوها مما لا يحد بوطئها كأمة زوجته. قال في الفتح: وقياسه في الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عمن زنى بها من هو، للاحتمال المذكور، وزيادة كونه صبياً أو مجنوناً فإنه لا حد عليها فيه عند الإمام. قوله:

للدرء (فإن بينوه وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة) هو زيادة بيان احتيالاً للدرء (وعدلوا سراً وعلناً) إذا لم يعلم بحالهم (حكم به) وجوباً، وترك الشهادة به أولى ما لم يكن متهتكاً فالشهادة أولى نهر.

(ويثبت) أيضاً (بإقراره)

(هو زيادة بيان) أي لأنه يغني عنه بيان الماهية، مع أن ظاهر كلامهم أن الحكم موقوف على بيانه كما في البحر، وأشار إلى أن الضمير في «بينوه» عائد إلى المذكور من الأوجه المسؤول عنها، كما يؤخذ من عبارة القدوري، خلافاً لما في بعض الشروح من أن قوله: «وقالوا الخ» بيان لقوله: «بينوه» لأنه بمجرد القول المذكور لا يتم البيان كما في النهر. قوله: (وعدلوا سراً وعلناً) السر بأن يبعث القاضي ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز به كل واحد منهم لمن يعرفه، فيكتب تحت اسمه: هو عدل مقبول الشهادة. والعلانية بأن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد ويقول: هذا الذي زكيته: يعني سراً، ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقاً، بأن يقال: هو مسلم ليس بظاهر الفسق، احتيالاً للدرء، بخلاف سائر الحقوق عند الإمام. قالوا: ويحبسه هنا حتى يسأل عن الشهود بطريق التعزير، بخلاف الديون فإنه لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة، وتمامه في البحر. واعترضه بأنه يلزم الجمع بين الحد والتعزير.

قلت: وفيه نظر لأنه بهذه الشهادة صار متهماً، والمتهم يعزر، والحد لم يثبت بعد، على أنه لا مانع من اجتماعهما بدليل ما يأتي من أنه لا يجمع بين جلد ونفي إلا سياسة وتعزيراً، فتدبر. قوله: (إذا لم يعلم بحالهم) أما لو علم عدالتهم لا يلزمه السؤال، لأن علمه أقوى من الحاصل له من المزكي، ولولا إهدار الشرع إقامة الحد بعلمه لكان يحده بعلمه كما في الفتح، قيل: والاكتفاء بعلمه هنا مبني على أنه يقضي بعلمه، وهو خلاف المفتى به. قال ط: وفيه أن القضاء هنا بالشهادة لا بعلمه بالعدالة، فتأمل. قوله: (حكم به) أي بالحد، وهذا إذا لم يقر المشهود عليه كما يأتي. قوله: (مالم يكن متهتكاً) من هتك زيد الستر هتكاً من باب ضرب خرقه، وهتك الله ستر الفاجر: فضحه. مصباح. قال في الفتح بعد سوقه الأحاديث الدالة على ندب الستر: وإذا كان الستر مندوباً إليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتده ولم يتهتك به، وإلا وجب كون الشهادة أولى، لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش، بخلاف من زنى مرة أو مراراً متستراً متخوفاً اهـ. ملخصاً.

بقي لو كان أحدهما متهتكاً دون الآخر، وظاهر التعليل المذكور أن الشهادة أولى، لأن درء المفاسد مقدم، تأمل. قوله: (ويثبت أيضاً بإقراره) عطف على قوله: «ويثبت

صريحاً صاحياً، ولم يكذبه الآخر، ولا ظهر كذبه بجبه أو رتقها، ولا أقرّ بزناه بخرساء؛ أو هي بأخرس لجواز إبداء ما يسقط الحد؛ ولو أقرّ به أو بسرقة في حال سكره لا حد؛ ولو سرق أو زنى حد،

بشهادة أربعة؛ وقدم الأول لأنه المذكور في القرآن، ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحدُّ بالفرار ولا بالتقادم، ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصرة. كذا في الفتح والبحر، لكن قوله: ولا بالتقادم، مخالف لما قدمناه، ولما سيأتي في باب الشهادة على الزنا.

ثم رأيت الرملي نبه على ذلك في حاشية المنح فقال: المقرر أن التقادم يمنعها دون الفرار، وكما: يمنع التقادم قبولها في الابتداء فكذا يمنع الإقامة بعد القضاء. قوله: (صريحاً) أخرج به إقرار الأخرس بكتابة أو إشارة فلا يحد للشبهة بعدم الصراحة وبخلاف الأعمى فإنه يصح إقراره والشهادة عليه. بحر. وقد مر. قوله: (صاحياً) احتراز عن السكر كما يأتي. قوله: (ولم يكذبه الآخر) فلو أقرّ بالزنا بفلانة فكذبته درىء الحد عنه سواء قالت تزوجني أو لا أعرفه أصلاً، وعليه المهر إن ادعته المرأة؛ وإن أقرت الزنا بفلان فكذبها فلا حدّ عليها أيضاً عنده، خلافاً لهما في المسألتين. بحر. قوله: (أو رتقها) بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد، لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود. بحر. قوله: (لجواز إبداء ما يسقط الحد) أي من الخرساء أو الأخرس على تقدير عدم الخرس.

واستشكل ما لو أقر أنه زنى بغائبة فإنه يحدّ قبل حضورها مع احتمال أن تذكر مسقطاً عنه وعنها إذا حضرت فيحتاج إلى الفرق.

قلت: يؤخذ جوابه مما في الجوهرة من أن القياس عدم الحد في الثانية لجواز أن تحضر فتجحد فتدعي حدّ القذف أو تدعي نكاحها فتطلب المهر، وفي حده إبطال حقها، والاستحسان أن يحدّ لحديث ماعز، فإنه حدّ مع غيبة المرأة اهـ.

والحاصل أن القياس عدم الفرق بين المسألتين، ولكنه حد في الثانية على خلاف القياس للحديث، وهذا أولى مما أجاب به بعضهم من أن الزيلعي علل الثانية بأن حضور الغائبة ودعواها النكاح شبهة، و احتمال ذلك يكون شبهة الشبهة، والمعتبر هو الشبهة دون شبهة الشبهة، لما أورد عليه من أنه في المسألة الأولى كذلك.

قلت: وقد يفرق بينهما بأن نفس الخرس شبهة محققة مانعة، بخلاف الغيبة، ولذا لو أقرّ بالزنا بمن لا يعرفها فإنه يحد. قال في الفتح: لأنه أقرّ بالزنا ولم يذكر مسقطاً، لأن الإنسان لا يجهل زوجته وأمته اهـ. فعلم أن الغائبة إنما حد فيها لأنه لم يبد مسقطاً، بخلاف الخرساء فإن الخرس نفسه مسقط للعلة المذكورة. قوله: (في حال سكره) متعلق بأقر. قوله: (ولو سرق أو زنى) أي في حال سكره وثبت ذلك بالبينة.

لأن الإنشاء لا يحتمل التكذيب والإقرار يحتمله. نهر (أربعاً في مجالسه) أي المقر (الأربعة كلما أقر رده) بحيث لا يراه (وسأله كما مر) حتى عن المزني بها لجواز بيانه بأمة ابنه. نهر (فإن بينه) كما يحق (حد) فلا يثبت بعلم القاضي ولا بالبينة على الإقرار؛ ولو قضى بالبينة فأقر مرة لم يحد عند الثاني وهو الأصح؛ ولو أقر أربعاً بطلت الشهادة إجماعاً. سراج.

(ويخلى سبيله إن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه ولو) رجوعه (بالفعل كهروبه)

قوله: (لأن الإنشاء) أي إنشاء الزنا أو السرقة المعاين للشهود في حال منكره لا يحتمل التكذيب فيحد، بخلاف إقراره بذلك في حال منكره. قوله: (أربعاً في مجالسه) ولو كل شهر مرة، أما لو أقر أربعاً في مجلس واحد كان بمنزلة إقرار واحد كما في النهر. قوله: (أي المقر) وقيل مجالس القاضي، والأول أصح. وفسر محمد تفرق المجلس بأن يذهب المقر عنه بحيث يتوارى عن بصر القاضي. وظاهر قوله في الهداية: لا بد من اختلاف المجالس، وهو أن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حتى لا يراه أن اختلاف المجالس لا يكون إلا برده. نهر. قوله: (كلما أقر رده) فيه تسامح كما قال صدر الشريعة، لأنه في الرابعة لا يرده، ومن ثم قال في الإصلاح: إلا الرابعة. نهر. قوله: (وسأله كما مر) أي سؤالاً مماثلاً لما مر. ومحل السؤال بعد الرابعة كما في الكافي، وذكر أنه يسأل عن عقله وعن إحصانه. قوله: (حتى عن المزني بها الخ) سقط لفظ حتى من بعض النسخ، ولا بد منه لأن مراده إفادة أنه لا بد من السؤال عن الخمسة المارة، وصرح بالمزني بها رداً على ابن الكمال حيث قال: لك أن تقول إنه لا حاجة إليه، نعم كان عليه التصريح بالزمان أيضاً، لأنه قيل لا يلزم لأن التقادم يمنع الشهادة دون الإقرار. ورد بأن فائدته احتمال أنه زنى في حال صباه. قوله: (فلا يثبت الخ) تفريع على ما فهم من حصر ثبوته بأحد شيئين: الشهادة بالزنا أو الإقرار به. وقوله: ولا بالبينة على الإقرار بيان لفائدة تقييد الشهادة بأن تكون على الزنا. ووجهه كما في الزيلعي أنه إن كان منكراً فقد رجع، وإن كان مقراً لا تعتبر الشهادة مع الإقرار. قوله: (ولو قضى بالبينة) أي البينة على الزنا لا على الإقرار. قوله: (فأقر مرة) أو مرتين. نهر. والظاهر أن الثلاث كذلك، وقيد بما بعد القضاء، لأنه لو أقر قبله يسقط الحد بالاتفاق كما صرح به في الفتح. وظاهره ولو أقر مرة واحدة. قوله: (لم يحد) أي خلافاً لمحمد، لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها، لأن الإمضاء من القضاء في الحدود كما يأتي فصار كالأول، وهو ما لو أقر قبل القضاء كما في الفتح، ثم إذا لم يكمل نصاب الإقرار الموجب للحد فلا يحد. قوله: (بطلت الشهادة) أي وصار الحكم للإقرار

بخلاف الشهادة (وإنكار الإقرار رجوع، كما أن إنكار الردة توبة) كما سيجيء (وكذا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان) لأنه لما صار شرطاً للحد صار حقاً لله تعالى، فصح الرجوع عنه لعدم المكذب. بحر (و) كذا عن (سائر الحدود الخالصة) لله، كحد شرب وسرقة وإن ضمن المال.

(وندب تلقينه) الرجوع بـ(لعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) لحديث ماعز.

(ادعى الزاني أنها زوجته سقط الحد عنه وإن) كانت (زوجة للغير) بلا بينة (ولو تزوّجها بعده) أي بعد زناه (أو اشتراها لا) يسقط في الأصح لعدم الشبهة وقت الفعل. بحر.

(ويرجم محصن)

فيخلص بموجبه لا بموجب الشهادة. قوله: (بخلاف الشهادة) أي بخلاف ما لو ثبت زناه بالشهادة فهرب في حال الرجم فإنه يتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه. بحر عن الحاوي. وسيأتي أنه لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام. قوله: (وإنكار الإقرار رجوع) أي إذا قال بعد ما أقرّ أربعاً وأمر القاضي برجمه، والله ما أقررت بشيء فإنه يدرأ عنه الحد. خانية. وهذا مكرر مع قوله: «وخلي سبيله إن رجع إلخ» إلا أن يفسر ذاك بقوله: رجعت عما أقررت به. تأمل. قوله: (كما سيجيء) أي في بابها. قوله: (وكذا يصح الرجوع الخ) أي فلا يحد، وهذا إذا لم تقم البينة على إحصانه، وإلا فيحد كما يأتي مثناً قبيل حد الشرب. قوله: (لعدم المكذب) أي لأنه خبر محتمل للصدق كالإقرار ولا مكذب له فيه فتحقق الشبهة في الإقرار، بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه. بحر. قوله: (كحد شرب وسرقة) فإنه يسقط بالرجوع عن الإقرار بهما كما سيأتي في بابيهما. قوله: (وإن ضمن المال) لأنه حق العبد، فلا يسقط بعد إقراره بسرقته. قوله: (لحديث ماعز) هو ابن مالك الأسلمي المروي في البخاري، فإنه فيه تلقينه بما ذكر. قال في الأصل: ينبغي أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة، والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئاً ليذكره أيّاً ما كان. بحر وفتح. قوله: (بلا بينة) متعلق بادعى. قال في البحر: ولا يكلف إقامة البينة كما لو ادعى السارق العين أنها ملكه سقط القطع بمجرد دعواه، ولهذه المسألة أخوات ستذكرها في الباب الآتي. قوله: (لا يسقط في الأصح) أي إذا ثبت زناه بالبينة، وكذا لو بالإقرار إذا لم يتقادم، وستأتي هذه المسألة آخر الباب الآتي. قوله: (ويرجم محصن) بفتح الصاد، من أحصن: إذا تزوج، وهي مما جاء اسم فاعله على لفظ اسم المفعول،

في فضاء حتى يموت) ويصطفون كصفوف الصلاة لرجمه، كلما رجم قوم تنحوا ورجم آخرون.

(فلو قتله شخص أو فقأ عينه بعد القضاء به نهدر) وينبغي أن يعذر لافتياته على الإمام. نهر (و) لو (قبله) أي قبل القضاء به (يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ) لأن الشهادة قبل الحكم بها لا حكم لها.

(والشرط بداءة الشهود به) ولو بحصاة صغيرة، إلا لعذر كمرض فيرجم القاضي بحضرتهم (فإن أبوا أو ماتوا أو غابوا) أو قطعوا بعد الشهادة (أو بعضهم سقط) الرجم لفوات الشرط. ولا يحدون في الأصح (كما لو خرج بعضهم عن الأهلية) للشهادة (بفسق أو عمى أو خرس) أو قذف ولو بعد القضاء، لأن الإمضاء من القضاء في الحدود وهذا لو محصناً، أما غيره فيحدّ في الموت والغيبة

ومنه أسهب فهو مسهب: إذا أطال في الكلام، وألفج بالفاء والجيم فهو ملفج: إذا افتقر. فتح ملخصاً. قوله: (في فضاء) هو المكان الواسع لأنه أمكن في رجمه ولئلا يصيب بعضهم بعضاً. نهر. قوله: (حتى يموت) أشار إلى أنه لا بأس لكل من رمى أن يتعمد مقتله لأنه واجب القتل، إلا أن يكون ذا رحم منه، فإن الأولى أن لا يتعمده لأنه نوع من قطيعة الرحم. قهستاني، ويأتي تمامه. قوله: (فهدر) أي لا قصاص فيه لو عمداً، ولا دية لو خطأ. قوله: (وينبغي إلخ) صرح به في الفتح في باب الشهادة على الزنا. قوله: (لافتياته) افتعال من فات يفوت فوتاً وفواتاً. قال في المصباح: وفاته فلان بذراع سبقه بها، ومنه قيل افتات فلان افتياتاً إذا سبق بفعل شيء واستبد برأيه ولم يؤامر فيه من هو أحق منه بالأمر فيه. قوله: (والشرط بداءة الشهود به) أي بالرجم. لأنهم قد يتجاسرون على الأداء ثم يستعظمون المباشرة فيرجعون وفيه احتيال للدرء كما في المحيط. قهستاني. قوله: (أو قطعوا بعد الشهادة) وكذا لو مرضوا بعدها قيد به، لأنهم لو قطعوا قبلها رمى القاضي بحضرتهم، لأنهم إذا كانوا مقطوعي الأيدي لم تستحق البداءة بهم وإن قطعت بعدها فقد استحقت، وهذا يفيد أن كون البداءة بهم شرطاً إنما هو عند قدرتهم على الرجم. بحر وفتح. والمراد القطع بلا جناية مفسقة وإلا خرجوا من الأهلية. قوله: (ولا يحدون في الأصح) لأن امتناعهم ليس صريحاً في رجوعهم وإن كان ظاهراً فيه لامتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال، وتمامه في الفتح. ولا يخفى أن هذا راجع لقوله: «فإن أبوا» أما في الموت والغيبة فلا شبهة في أنهم لا يحدون، وإنما سقط الرجم لاحتمال رجوعهم لو حضروا. قوله: (أو قذف) أي إذا حدّ به كما قيده في الفتح. قوله: (لأن الإمضاء من القضاء) أي إمضاء الحد وإيقاعه بالفعل

كما في الحاكم (ثم الإمام) هذا ليس حتماً، كيف وحضوره ليس بلازم. قاله ابن الكمال. وما نقله المصنف عن الكمال رده في النهر (ثم الناس) أفاد في النهر أن حضورهم ليس بشرط ترميهم كذلك، فلو امتنعوا لم يسقط.

(ويبدأ الإمام لو مقراً) مقتضاه أنه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه وإن أمرهم

من القضاء، فإذا لم يمضه ثم حصل مانع من العمل أو الشهادة بعد ثبوتها فكأنه لم يحصل القضاء بها أصلاً. ط. قوله: (كما في الحاكم) أي الحاكم الشهيد: أي كتابه الكافي. والظاهر أن الميم في «كما» زائدة، والأصل «كافي الحاكم» وهو كذلك في بعض النسخ. قال في الفتح: وفي غير المحصن. قال الحاكم في الكافي. يقام عليه الحد في الموت والغيبة اهـ: أي موت الشهود وغيبتهم، وبه سقط ما قيل إن المراد كما في الحاكم: أي كما يحد لو مات الحاكم أو غاب، وكيف يصح ذلك مع أن الإمضاء من القضاء كما سمعت، ولذا قال في الكافي: وإذا حكم الحاكم بالرجم ثم عزل قبل أن يرجمه وولي غيره لم يحكم بذلك اهـ. فافهم. قوله: (ثم الإمام) استظهاراً في حقه، فربما يرى في الشهود ما يوجب درء الحد اهـ. جوهرة. قوله: (قاله ابن الكمال) لم ينقله ابن الكمال عن أحد، وهو محتاج إلى النقل، فإنه خلاف ظاهر المتون. قوله: (وما نقله المصنف عن الكمال رده في النهر) يأتي بيان ذلك قريباً. قوله: (أفاد في النهر الخ) حيث قال: وفي الدراية: يستحب للإمام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحدود.

واختلفوا في عددهم، فعن ابن عباس واحد. وقال عطاء اثنان. والزهري ثلاثة. والحسن البصري عشرة اهـ. وهذا صريح في أن حضورهم ليس شرطاً فرميهم كذلك، فلو امتنعوا لم يسقط اهـ.

قلت: وفيه نظر، فإن هذا ذكروه تفسيراً للطائفة في قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] والمراد في الآية الجلد لا الرجم، ولو سلم فالمراد أنه إذا كان عند الإمام من يرجمه ينبغي له أن يأمر غيرهم بأن يحضروا، لما قالوا من أن مبنى الحد على التشهير. فالمراد بالناس من يباشر الرجم وحضورهم لا بد منه وإلا لزم فوات الرجم أصلاً فيأثم الجميع. قوله: (ويبدأ الإمام لو مقراً) أي يبدأ الإمام بالرجم لو كان الزاني مقراً وثبت بإقراره، لقول علي رضي الله تعالى عنه: أيها الناس إن الزنى زناءان: زنا السر وزنا العلانية. فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الإمام ثم الناس. وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمي، وتمامه في الفتح. قوله: (قوله مقتضاه الخ) قال في الفتح: واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط

لفوت شرطه. فتح. لكن سيجيء أنه لو قال قاضٍ عدل: قضيت على هذا بالرجم وسعك رجمه وإن لم تعاين الحجة. ويكره للمحرم الرجم، وإن فعل لا يحرم الميراث (وغسل وكفن وصلى عليه)

الرجم، وهو منتف برجم ماعز للقطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره.

ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي هو أنه يجب على الإمام أمر الشهود بالابتداء احتيالاً لثبوت دلالة الرجوع وعدمه، وأن يبتدىء هو في صورة الإقرار لينكشف للناس عدم تساهله في بعض شروط القضاء والحد، فإذا امتنع ظهرت أمارة الرجوع وامتنع الحد لظهور الشبهة، وهذا منتف في حقه عليه الصلاة والسلام، فلم يكن عدم رجمه دليلاً على سقوط الحد، ومقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الإمام، فلو لم يثن سقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما اهـ. ملخصاً. وقوله ومقتضى ما ذكر الخ، هو الذي نقله المصنف عن الكمال. ورده في النهر بأنه إنما يتم لو سلم وجوب حضور الإمام كالشهود وهو غير لازم كما في «إيضاح الإصلاح» لابن كمال.

قلت: ما ذكره ابن كمال لم يعزه لأحد كما مر، وما ذكره المحقق صاحب الفتح هو ظاهر المتون والدليل، فلا يعدل عنه إلا بنقل صريح معتبر. ثم رأيت في الذخيرة ما نصه: تجب البداءة من الشهود ثم من الإمام ثم من الناس، فافهم. قوله: (لكن سيجيء الخ) أي في كتاب القضاء. وهذا الاستدراك في غير محله، لأنه ليس في ذلك أن القاضي امتنع من البداءة بالرجم، بل المراد أن الحاكم إذا ثبت عنده الحد بالحجة: أي بالبينة أو الإقرار وأمر الناس بالرجم لهم أن يرجموا بالشرط المتقدم وإن لم يحضروا مجلس الحكم ولم يعاينوا الحجة. وقيل لا، لفساد الزمان. قال في «غرر الأذكار»: والأحسن التفصيل بأن القاضي إذا كان عالماً عادلاً وجب ائتماره بلا تفحص، وإن كان عادلاً لا جاهلاً سئل عن كيفية قضائه، فإذا أخبر بما يوافق الشرع يؤتمر قوله، وإن كان ظالماً لا يقبل قوله عالماً كان أو جاهلاً اهـ. قوله: (ويكره للمحرم الرجم) كذا في البحر عن المحيط. وفيه عن الزيلعي وغيره أنه لا يقصد مقتله، فإن بغيره كفاية. وظاهره أنه إذا لم يقصد مقتلاً لا يكره كما يفيد ما قدمناه عن القهستاني أيضاً، ثم إن محل الكراهة إذا لم يكن المحرم شاهداً.

ففي الجوهرة: لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا وجب عليهم أن يبتدئوا بالرجم، وكذا الإخوة وذو الرحم. ويستحب أن لا يتعمدوا مقتلاً، وأما ابن العم فلا بأس أن يتعمد مقتله لأن رحمه لم يكمل فأشبه الأجنبي. وقوله يستحب الخ يفيد أن الكراهة تنزيهية تأمل. قوله: (وإن فعل لا يحرم الميراث) نص عليه في كافي الحاكم. قال في

وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية.

(وغير المحصن يجلد مائة إن حراً، ونصفها للعبد) بدلالة النص، والمراد بالمحصنات في الآية الحرائر. ذكره البيضاوي وغيره. وذكر الزيلعي أنه غلب الإناث على الذكور، لكنه عكس القاعدة.

(و) العبد (لا يحده سيده بغير إذن الإمام) ولو فعله هل يكفي؟ الظاهر لا، لقولهم: ركنه إقامة الإمام، نهر (بسوط لا عقدة له). في الصحاح: ثمرة السوط عقدة أطرافه (متوسطاً) بين الجارح وغير المؤلم (ونزع ثيابه خلا إزار) ليستر

الجوهرة ولو شهد على أبيه بالزنا أو بالقصاص لم يحرم الميراث. قوله: (وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية) أخرجه الستة إلا البخاري. وأما أنه صلى على ماعز ففيه تعارض، وتمامه في الفتح. قوله: (بدلالة النص) هو قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نزلت في الإماء. وإذا ثبت فيهن للرق ثبت في الذكور الأرقاء دلالة، إذ لا يشترط فيها أولوية المسكوت عنه بالحكم بل تكفي المساواة. نهر. قوله: (وذكر الزيلعي الخ) فيكون دخول الذكور ثابتاً بعبارة النص لا بدلالته. قوله: (لكنه عكس القاعدة) وهي تغليب الذكور على الإناث. ووجه العكس هنا كما أفاده في الفتح هو كون الداعية فيهن أقوى، ولذا قدمت الزانية على الزاني في الآية. قوله: (لقولهم ركنه) أي ركن الحد، وفيه تأمل. بل الظاهر أن الركن هو الضرب أو الرجم.

تنبيه: في كافي الحاكم: يقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجبه وإن كان مولاه غائباً وكذا في القطع والقصاص، وإن قال بعد عتقه زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد اهـ. قوله: (في الصحاح الخ) تفسير لما وقع في عبارة المتون كالقدوري والكنز وغيرهما بسوط لا ثمرة له، إشارة إلى أن ما ذكره المصنف هو المراد بالثمرة لأنه المشهور في الكتب كما قاله في معراج الدراية. ورجح في المغرب أن المراد بها ذنبه. وذكر في الفتح من رواية أنس «أنه كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به» فالمراد أن لا يضرب وفي طرفه يبس لأنه يجرح أو يبرح، فكيف إذا كان فيه عقدة.

والحاصل أنه يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة، وبمعنى الفرع الذي يصير به ذنبين تعميماً للمشترك في النفي، ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقد ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا لكان أولى، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطاً اهـ. ملخصاً. قوله: (بين الجارح وغير المؤلم) بأن يكون مؤلماً غير جارح،

عورته (وفرق) جلده (على بدنه خلا رأسه ووجهه وفرجه) قيل وصدره وبطنه: ولو جلده في يوم خمسين متوالية ومثلها في اليوم الثاني أجزأه على الأصح. جوهرة (و) قال علي رضي الله تعالى عنه (يضرب الرجل قائماً) والمرأة قاعدة (في الحدود) والتعازير (غير ممدود) على الأرض كما يفعل في زماننا فإنه لا يجوز. نهر. وكذا لا يمدّ السوط لأن المشترك في النفي يعم. ابن كمال (ولا تنزع ثيابها إلا الفرو والحشو، وتضرب جالسة) لما روينا (ويحفر لها) إلى صدرها (في الرجم) وجاز تركه لسترها بثيابها، و (لا) يجوز الحفر (له) ذكره الشمني.

ولو كان المجلود ضعيف الخلقة فخيف هلاكه يجلد جلداً ضعيفاً يحتمله. فتح. قوله: (وفرق جلده الخ) لأن جمعه على عضو واحد قد يفسده، وضرب ما استثنى قد يؤدي إلى الهلاك حقيقة أو معنى بإفساد بعض الحواس الظاهرة أو الباطنة. قوله: (قيل وصدره الخ) قائله بعض المشايخ، وهو رواية عن أبي يوسف، وفيه نظر، بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عدداً يسيراً لا يقتل في البطن، فكيف بالصدر؟ نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا ببيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن. فتح. قوله: (خمسين متوالية) قيد بالتوالي ليحصل بها الألم؛ ولذا: قال في الجوهرة أيضاً: ولا يجوز أن يفرقه في كل يوم سوطاً أو سوطين لأنه لا يحصل به الإيلام. قوله: (وقال علي رضي الله تعالى عنه) لفظه كما في الفتح عن مصنف عبد الرزاق «يضرب الرجل قائماً، والمرأة قاعدة في الحدود» اهـ. فقوله: «والتعازير الخ» ليس منه. قوله: (غير ممدود على الأرض) لأن مبنى الحد على التشهير زجراً للعامة والقيام أبلغ فيه، والمرأة مبنى أمرها على الستر، وإن امتنع الرجل ولم يقف لا بأس بربطه بأسطوانة أو يمسك. فتح. قوله: (وكذا لا يمد السوط) أفاد أن قوله: «غير ممدود» يحتمل أن يعود إلى السوط أيضاً: أي ضرباً غير ممدود، ومد السوط فيه تفسيران: قيل بأن يرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل أن يمده على جسد المضروب بعد وقوعه عليه وفيه زيادة ألم. قال في الفتح: وكل ذلك لا يفعل. فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لأنه في النفي فجاز تعميمه اهـ: أي في مد الرجل على الأرض ومد السوط بمعنييه، وهذا بناء على مختار صاحب الهداية وشمس الأئمة من جواز تعميم المشترك في النفي، وكذا الجمع بين الحقيقة والمجاز في النفي، وهو خلاف المشهور في كتب الأصول كما بيناه في حواشينا على شرح المنار. قوله: (ولا يجوز الحفر له) لعله أخذه من قول الهداية وغيرها: إن الربط والإمساك غير مشروع، وأما الحفر للمرأة فلكونه أستر لها.

قلت: وينبغي تقييده بما لو ثبت الحد بالإقرار لكونه متمكناً من الرجوع

ولا يربط ولا يمسك ولو هرب، فإن مقراً لا يتبع، وإلا اتبع حتى يموت كما مر (ولا جمع بين جلد ورجم) في المحصن (ولا بين جلد ونفي) أي تغريب في البكر، وفسره في النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من التغريب، لأنه يعود على موضوعه بالنقض (إلا سياسة وتعزيراً) فيفوض للإمام، وكذا في كل

بالهرب، بخلاف ما لو ثبت بالبينة. تأمل. قوله: (ولا يربط الخ) إلا إذا امتنع كما مر. قوله: (ولا جمع بين جلد ورجم) للقطع بأنه لم يجمع بينهما ﷺ، ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم. فتح. قوله: (أي تغريب في البكر) أي في غير المحصن. وقوله عليه الصلاة والسلام «البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ»[1] منسوخ كشطره الآخر، وقوله عليه الصلاة والسلام «وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالحِجَارَةِ» بحر. وتمام تحقيقه في الفتح. قوله: (وفسره) أي فسر النفي المروي في حديث آخر كرواية البخاري من قول أبي هريرة «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِيمَنْ زَنَى وَلَمْ يُحْصَنْ بِنَفْيِ عَامٍ وَإِقَامَةِ الحَدِّ». قوله: (وهو أحسن الخ) فيه أنه مخالف لروايات التغريب، وقولهم: إن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحي منه، ولقول علي: حسبهما من الفتنة أن ينفيا. وروى عبد الرزاق قال: غرب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر، فقال عمر: لا أغرب بعده مسلماً، كما في الفتح، ولعل المراد أن فعل الحبس أحسن من فعل التغريب فليس المراد تفسير الوارد بذلك بقرينة التعليل، فتأمل. قوله: (لأنه يعود على موضوعه بالنقض) أي لأن المقصود من إقامة الحد المنع عن الفساد وفي التغريب فتح باب الفساد كما علمت، ففيه نقض وإبطال للمقصود منه شرعاً، فكأنه شبه المقصود الأصلي بالموضوع وهو محل العرض المختص به أو بموضوع العلم، وهو ما يبحث فيه عن عوارضه الذاتية كبدن الإنسان لعلم الطب. تأمل.

مَطْلَبٌ فِي الكَلَامِ عَلَى السِّيَاسَةِ

قوله: (إلا سياسة وتعزيراً) أي أنه ليس من الحد، ويؤيده ما قدمنا من حديث البخاري من عطف وإقامة حد على نفي عام كما أوضحه في الفتح. وفيه أيضاً: لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تعزيراً فله أن يفعله، وهو محمل الواقع للنبي ﷺ وأصحابه كما غرب عمر نصر بن الحجاج لافتتان النساء بجماله، والجمال لا يوجب نفياً، وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنا بهم وحشرنا معهم يغربون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين، مثل هذا المريد

(١) أخرجه مسلم ٣/١٣١٦ [١٢] (١٦٩٠).

أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب، أما من لم يشع وله حال تشهد عليه بخبث النفس فنفيه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه اهـ.

تنبيه: أشار كلام الفتح إلى أن السياسة لا تختص بالزنا، وهو ما عزاه الشارح إلى النهر. وفي القهستاني: السياسة لا تختص بالزنا بل تجوز في كل جناية، والرأي فيها إلى الإمام على ما في الكافي؛ كقتل مبتدع يتوهم منه انتشار بدعته وإن لم يحكم بكفره كما في التمهيد، وهي مصدر ساس الوالي الرعية: أمرهم ونهاهم كما في القاموس وغيره، فالسياسة استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة؛ فهي من الأنبياء على الخاصة والعامة في ظاهرهم وباطنهم، ومن السلاطين والملوك على كل منهم في ظاهره لا غير، ومن العلماء ورثة الأنبياء على الخاصة في باطنهم لا غير كما في المفردات وغيرها اهـ. ومثله في الدر المنتقى.

قلت: وهذا تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية، وتستعمل أخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل، كما قالوا في اللوطي والسارق والخناق: إذا تكرر منهم ذلك حل قتلهم سياسة، وكما مر في المبتدع، ولذا عرّفها بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعي حسماً لمادة الفساد، وقوله لها حكم شرعي معناه: أنها داخلة تحت قواعد الشرع وإن لم ينص عليها بخصوصها، فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم، ولذا قال في البحر. وظاهر كلامهم أن السياسة هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي اهـ.

وفي حاشية مسكين عن الحموي: السياسة شرع مغلظ، وهي نوعان: سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها. وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم، وتدفع كثيراً من المظالم، وتردع أهل الفساد، وتوصل إلى المقاصد الشرعية، فالشريعة توجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها، وهي باب واسع، فمن أراد تفصيلها فعليه بمراجعة كتاب «معين الحكام» للقاضي علاء الدين الأسود الطرابلسي الحنفي اهـ.

قلت: والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان، ولذا عطفوا أحدهما على الآخر لبيان التفسير كما وقع في الهداية والزيلعي وغيرهما، بل اقتصر في الجوهرة على تسميته تعزيراً، وسيأتي أن التعزير تأديب دون الحد، من العزر بمعنى الرد والردع، وأنه يكون بالضرب وغيره، ولا يلزم أن يكون بمقابلة معصية، ولذا يضرب ابن عشر سنين على الصلاة، وكذلك السياسة كما مر في نفي عمر لنصر بن الحجاج، فإنه ورد أنه قال لعمر: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنب لك، وإنما الذنب لي حيث لا أطهر

جناية. نهر (ويرجم مريض زنى ولا يجلد) حتى يبرأ، إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه. بحر.

(ويقام على الحامل بعد وضعها) لا قبله أصلاً، بل تحبس لو زناها ببينة (فإن كان حدها الرجم رجمت حين وضعت) إلا إذا لم يكن للمولود من يربيه

دار الهجرة منك، فقد نفاه لافتتان النساء به وإن لم يكن بصنعه، فهو فعل لمصلحة وهي قطع الافتتان بسببه في دار الهجرة التي هي من أشرف البقاع، ففيه ردة وردع عن منكر واجب الإزالة. وقالوا: إن التعزير موكول إلى رأي الإمام، فقد ظهر لك بهذا أن باب التعزير هو المتكفل لأحكام السياسة وسيأتي بيانه، وبه علم أن فعل السياسة يكون من القاضي أيضاً، والتعبير بالإمام ليس للاحتراز عن القاضي بل لكونه هو الأصل، والقاضي نائب عنه في تنفيذ الأحكام كما مر في قوله: «فيسألهم الإمام، ويبدأ الإمام برجمه» ونحو ذلك. وفي الدر المنتقى عن معين الحكام: للقضاة تعاطي كثير من هذه الأمور، حتى إدامة الحبس والإغلاظ على أهل الشر بالقمع لهم، والتحليف بالطلاق وغيره، وتحليف الشهود إذا ارتاب منهم. ذكره في التاترخانية. وتحليف المتهم لاعتبار حاله، أو لمتهم بسرقة يضربه ويحبسه الوالي والقاضي اهـ. وسيأتي في باب التعزير أن للقاضي تعزير المتهم، وصرح الزيلعي قبيل الجهاد أن من السياسة عقوبته إذا غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده، فقد أجازوا قتل النفس بغلبة الظن، كما إذا دخل عليه رجل شاهراً سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله، وسيأتي تمام ذلك في كتاب السرقة. قوله: (إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه) أي بأن يضرب ضرباً خفيفاً يحتمله. وفي الفتح: ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل، أو كان ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ دفعة، وتقدم في الأيمان أنه لا بد من وصول الكل إلى بدنه، ولذا قيل لا بد أن تكون مبسوطة اهـ. والعثكال والعثكول: عنقود النخل. قوله: (لا قبله أصلاً) أي سواء كان حدها الجلد والرجم، كي لا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لا جريمة منه. فتح. قوله: (إلا إذا لم يكن الخ) هذه رواية عن الإمام اقتصر عليها صاحب المختار. قال في البحر: وظاهره أنها هي المذهب. وفي النهر: ولعمري إنها من الحسن بمكان اهـ. وفي حديث الغامدية «أنه صلى الله عليه وسلم رجمها بعد ما فطمته»[1] وفي حديث آخر قال: «لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه، فقال له رجل من الأنصار: إلي رضاعه، فرجمها»[2] قال في الفتح: وهذا يقتضي أن الرجم عند الوضع، بخلاف الأول، والطريقان في مسلم، وهذا أصح

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٣٢٣ (٢٣/١٦٩٥).

(٢) أخرجه مسلم ٣/١٣٢١ (٢٢/١٦٩٥).

حتى يستغني، ولو ادعت الحبل يريها النساء، فإن قلن نعم حبسها سنتين ثم رجمها. اختيار (وإن كان الجلد فبعد النفاس) لأنه مرض

(و) شرائط (إحصان الرجم) سبعة (الحرية، والتكليف) عقل وبلوغ (والإسلام، والوطء) وكونه (بنكاح صحيح) حال الدخول (و) كونهما (بصفة

طريقاً الخ. قوله: (فحتى يستغني) عبارة الفتح حتى تفطمه. قوله: (حبسها سنتين) أي إذا ثبت زناها بالبينة كما مر. ط.

مطلب: شرائط الإحصان

قوله: (وشرائط إحصان الرجم) الإضافة بيانية، أي الشرائط التي هي الإحصان، فالإحصان هو الأمور المذكورة فهي أجزاؤه، وقيد بالرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتي. فتح ملخصاً. قوله: (عقل وبلوغ) بدل من قوله: «والتكليف» وبيان له.

واعترض بأن التكليف شرط لكون الفعل زنا، لأن فعل الصبي والمجنون ليس بزنا أصلاً. وأجاب في البحر بأنه إنما جعله شرط الإحصان لأجل قوله كونهما بصفة الإحصان اهـ. يعني أنه شرط باعتبار أن الزاني لو كان رجلاً مثلاً فلا يرجم إلا إذا كان قد وطئ زوجة له مكلفة، فكونها مكلفة شرط في كونه محصناً لا في كون فعله الذي فعله مع الأجنبية زنا، ولذا لم يجلد به إذا لم تكن زوجته مكلفة ولا يرجم لعدم إحصانه. قوله: (والإسلام) لحديث «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» ورجمه ﷺ اليهوديين إنما كان بحكم التوراة قبل نزول آية الرجم ثم نسخ. بحر. وتحقيقه في الفتح، وخالف في هذا الشرط أبو يوسف والشافعي. قوله: (والوطء) أي الإيلاج وإن لم ينزل كما في الفتح وغيره. قوله: (وكونه بنكاح صحيح) خرج الفاسد كالنكاح بغير شهود فلا يكون به محصناً ط. وينبغي أن يزيد اتفاقاً لما سنذكره المصنف قبيل حد الشرب أنه لو كان بلا ولي لا يكون محصناً عند الثاني. تأمل. قوله: (حال الدخول) متعلق بقوله صحيح. قال في الفتح: يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول، حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحاً، فلو دخل بها عقبه لا يصير محصناً لوقوع الطلاق قبله اهـ. وتبعه في النهر.

قلت: ومقتضاه أن الوطء حصل في نكاح لكنه غير صحيح مع أنه لم يحصل في النكاح أصلاً، فالأولى أن يكون احترازاً عما لو وطئ في نكاح موقوفاً على الإجازة ثم أجازت المرأة العقد أو ولي الصغيرة فلا يكون بهذا الوطء محصناً وإن كان العقد صحيحاً لأنه وطء في عقد لم يصح إلا بعده لا في حالة الوطء. تأمل. قوله: (وكونهما) أي الزوجين المفهومين من قوله: «والوطء بنكاح صحيح» وفي هذا الحل إصلاح لعبارة المتن، فإنها لا تفيد اشتراط إحصان كل منهما لإحصان الآخر، وفيه خلاف الشافعي.

الإحصان) المذكورة وقت الوطء، فإحصان كل منهما شرط لصيرورة الآخر محصناً، فلو نكح أمة أو الحرة عبد فلا إحصان، إلا أن يطأها بعد العتق فيحصل به لا بما قبله؛ حتى لو زنى ذمي بمسلمة ثم أسلم لا يرجم بل يجلد. وبقي شرط

قلت: وقد يكون أحدهما محصناً دون الآخر، كما لو خلا بها وأقر بأنه وطئها أو بأنها كانت مسلمة وأنكرت، فإذا زنى يرجم لأنه محصن بإقراره كما سيأتي قبيل حدّ الشرب. قوله: (فلو نكح أمة الخ) تفريع على الشرط الأخير: أي لو نكح الحر أمة أو العبد حرة ووطئها لم يكن واحد منهما محصناً إلا أن يطأها بعد العتق في الصورتين؛ فحينئذ يحصن لكل منهما الإحصان بهذا الوطء لاتصاف كل منهما بصفة الإحصان وقته، حتى لو زنى أحدهما بعد هذا الوطء يرجم؛ بخلاف الوطء الحاصل قبل العتق. وكذا لو دخل الحر المكلف المسلم بمنكوحته الكافرة أو المجنونة أو الصغيرة لم يكن أحدهما محصناً إلا أن يطأها ثانياً بعد إسلامها أو إفاقتها أو بلوغها. وكذا لو كان الزوج صبياً أو مجنوناً أو كافراً وهي حرة مكلفة مسلمة، حتى لو دخل بها الزوج وهو كذلك ثم زنت لا ترجم لعدم إحصانها. وصورة كون زوج المسلمة كافراً كما في الفتح أن يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الإسلام عليه وإبائه فإنهما زوجان ما لم يفرق القاضي بينهما بإبائه اهـ.

تنبيه: اشتراط إحصان كل من الزوجين للرجم لا ينافي قولهم كما يأتي قبيل حد الشرب إذا كان أحد الزانيين محصناً دون الآخر يرجم المحصن ويجلد غير المحصن؛ لأن المراد أن الرجل إذا كان محصناً بالإحصان المذكور بشروطه ثم زنى بامرأة فإنه يرجم، ثم المرأة المزني بها إذا كانت محصنة مثله ترجم أيضاً، وإلا فتجلد، وكذا المرأة إذا كانت محصنة الإحصان المذكور ثم زنت برجل. قوله: (حتى لو زنى ذمي بمسلمة الخ) أطلق الذمي فشمل لو كان له زوجة أدخل بها أولاً، وكون المزني بها مسلمة غير قيد[1]، وإنما لم يرجم لعدم إحصانه لكونه غير مسلم وقت الفعل وإن صار محصناً بعد

(١) إن كان الزاني غير المسلم ذمياً فلا خلاف في وجوب الحد عليه لالتزامه أحكام الإسلام، وإن كان مستأمناً دون مسلمة، فقد اختلف الفقهاء في إقامة الحد عليه: فقال أحمد وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ومالك: لا يقام عليه الحد. وقال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة يحد. وقال الشافعي: إن زنى بمسلمة ففي الحد طريقان لي: كالسرقة، وقيل: لا يقام عليه الحد في العهد أما حجة القائل بالحد.

فهي أن المستأمن لما دخل دار الإسلام عقد البر أحكامه مي بإقامته فيها فصار كالذمي، والذمي إذا زنى يقام عليه الحد، وأيضاً بالقياس على حد القذف فإنه يقام عليه كما يقام على الذمي؛ لأنه لا فرق بينهما إلا في أن الذمي ملتزم لأحكام الإسلام طول حياته. والمستأمن ملتزم لها لأجل.

ونوقش:

بالفرق بين الذمي والمستأمن المتقدم ذكره، وبعدم تسليم التزام المستأمن الأحكام، بخلاف الذمي. =

آخر ذكره ابن كمال، وهو أن لا يبطل إحصانهما بالارتداد، فلو ارتدا ثم أسلما لم يعد إلا بالدخول بعده، ولو بطل بجنون أو عته عاد بالإفاقة، وقيل بالوطء بعده (و) اعلم أنه (لا يجب بقاء النكاح لبقائه) أي الإحصان؛

إسلامه كما يفهم من الإطلاق، فيفيد أنه لا بد في الرجم من كونه مسلماً وقت الزنا، وكذا الحرية، حتى لو أسلم أو أعتق بعد الزنا ثم صار محصناً لا يرجم بل يجلد؛ فالمراد بهذا التفريع بيان هذه الفائدة مع تأويل ما وقع في فتاوى قارىء الهداية كما أفاده في النهر، حيث قال بعد تقرير شرائط الإحصان: وهذا يقتضي أن الذمي لو زنى بمسلمة ثم أسلم لا يرجم، ولا يعارضه ما في فتاوى قارىء الهداية من أنه لو زنى أو سرق ثم أسلم إن ثبت ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد، وإن بشهادة أهل الذمة لا يقام عليه الحد لأنه أراد بالحد هنا الجلد اهـ. قوله: (فلو ارتدا ثم أسلما الخ) عزاه ابن الكمال إلى شرح الطحاوي، ومثله في الفتح، وقيد بارتدادهما معاً في الفتح. أي ليعود النكاح بعودهما إلى الإسلام بلا تجدد عقد آخر.

بقي لو ارتد أحدهما: ففي النهر. وعن محمد لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل إحصان الزوج، كذا في المحيط اهـ. وهو ظاهر لما يأتي من أنه لا يجب بقاء النكاح لبقاء الإحصان، وظاهره أنه لا يبطل إحصانها وإن عادت مسلمة، ولذا قال: لو أسلم لم يعد إلا بالدخول بعد: أي لا بد من تحقق شروط الإحصان عند وطء آخر بعد الإسلام. فعلم أن الردة تبطل اعتبار الوطء بالنكاح الصحيح، وإذا بطل اعتباره بطل الإحصان، سواء كان المرتد كلاً منهما معاً أو أحدهما؛ لكن إذا ارتد أحدهما ثم أسلم لا يصير محصناً إلا بتجديد عقده عليها أو على غيرها ويطؤها بعده وهما بصفة الإحصان فيعود له إحصان جديد، لأن الردة أبطلت الإحصان السابق. قوله: (وقيل بالوطء بعده) نسبه في النهر والبحر إلى أبي يوسف. قوله: (واعلم الخ) ذكر هذه

= لأن الأول محل دار الإسلام تنفيذ مأرب لا للبقاء بخلاف الذمي.

وأما حجة القائلين بعدم الحد:

فهي أن الزنا من المستأمن زنا حقيقة لكونه مخاطباً بحرمات الشريعة على القول الصحيح، وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصحابنا الحنفية، ولهذا لو قذفه قاذف حد الإسلام لم يلزمه، ومقتضى كونه مخاطباً أن يقام عليه غاية الأمر منع ذلك الخطاب، ووجوب إبلاغ المستأمن مأمنه من غير تعرض له، ولأنه بالزنا قد استوجب الأذى لكونه صار ناقضاً لأمانه وعهده، والقتل لا يجب معه حد سواه، وأما حجة المفصلين:

فهي معاملة المسلمين بمقتضى ما التزمه صيانة للفروج، ولأنه إذا أقدم على ما التزم عدم فعله في عهده فقد عرض نفسه لنتيجة نقض العهد وهو القتل، فإذا لم يشرط عليه في عهده فلا يقام عليه؛ لأن حد الزنا حق من حقوق الله تعالى وهو لا ينطق بطلب العبد بخلاف القذف في سرقته لأنه يتعلق بحق الآدمي من وجه، أما حد الزنا فمحض حق الله تعالى، ولذا يسقط بالشبهة. اثر الخلاف الدين لجبران أبو العينين والمغني لابن قدامة جـ ١٠ ص ٢٧٩، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ومطالب أولي النهى جـ ٨.

فلو نكح في عمره مرة ثم طلق وبقي مجرداً وزنى: رجم، ونظم بعضهم الشروط فقال: [المتقارب]

شُرُوطُ الإِحْصَانِ أَتَتْ سِتَّةٌ ... فَخُذْهَا عَنِ النَّصِّ مُسْتَفْهِمَا
بُلُوغٌ وَعَقْلٌ وَحُرِّيَّةٌ ... وَرَابِعُهَا كَوْنُهُ مُسْلِمَا
وَعَقْدٌ صَحِيحٌ وَوَطْءٌ مُبَاحٌ ... مَتَى اخْتَلَّ شَرْطٌ فَلا يُرْجَمَا

بَابُ الوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الحَدَّ، وَالَّذِي لا يُوجِبُهُ

لقيام الشبهة لحديث «ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم»

المسألة في الدرر. قوله: (فلو نكح في عمره مرة) أي ودخل بها. درر. قوله: (ثم طلق) عبارة الدرر: ثم زال النكاح، وهي أعم لشمولها زوال النكاح بموتها أو ردتها أو نحو ذلك. قوله: (ونظم بعضهم الخ) نقله القاضي زين الدين بن رشيد صاحب العمدة عن الفاكهاني المالكي كما في القتاني، ويوجد في بعض النسخ شروط الحصانة في ستة الخ.

أقول: وهذا هو الصواب، لأن الشطر الأول الذي ذكره الشارح من بحر السريع والبقية من بحر المتقارب، فافهم. وقوله في آخر الأبيات «فلا يرجما» بالياء المثناة التحتية كما رأيناه في النسخ، وينبغي أن يكون بالفوقية، و«لا» ناهية، وأصله لاترجمن بنون التوكيد المخففة قلبت ألفاً، إذ لو كانت لا نافية وجب الرفع، ولعل اقتصار الناظم على الشروط الستة لكونها مذهب المالكية وزيد عليها عندنا كونهما بصفة الإحصان وقت الوطء وعدم الارتداد فصارت ثمانية، ويزاد كون العقد صحيحاً فتصير تسعة، وقد غيرت هذا النظم جامعاً للتسعة فقلت: [المتقارب]

شَرَائِطُ لاحْصَانٍ تِسْعٌ أَتَتْ ... مَتَى اخْتَلَّ شَرْطٌ فَلا تَرْجُمَا
بُلُوغٌ وَعَقْلٌ وَحُرِّيَّةٌ ... وَدِينٌ[1] وَفَقْدُ ارْتِدَادِهِمَا
وَوَطْءٌ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ لِمَنْ ... غَدَتْ مِثْلَهُ فِي الَّذِي قُدِّمَا

باب الوطء الذي يوجب الحد، والذي لا يوجبه

قوله: (لقيام الشبهة) علة لقوله لا يوجبه. قوله: (لحديث) علة لما فهم من العلة الأولى، وهو أن الحد لا يثبت عند قيام الشبهة. وطعن بعض الظاهرية في الحديث بأنه لم يثبت مرفوعاً. والجواب أن له حكم الرفع، لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة

(١) في ط (قوله ودين الخ) وجد بخطه في هامش نسخة بدل هذا الشطر، ودين يكونان مسلماً ولعله نسخة أخرى.

(الشبهة ما يشبه) الشيء (الثابت وليس بثابت) في نفس الأمر (وهي ثلاثة أنواع: شبهة) حكمية (في المحل، وشبهة) اشتباه (في الفعل، وشبهة في العقد) والتحقيق دخول هذه في الأوليين وستحققه (فإن ادعاها) أي الشبهة (ويرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضاً (بمجرد دعواها إلا في) دعوى (الإكراه) خاصة (فلا بد من البرهان) لأنه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته. بحر (لا حد) بلازم (بشبهة المحل)

خلاف مقتضى العقل. وأيضاً في إجماع فقهاء الأمصار على الحكم المذكور كفاية، ولذا قال بعضهم: إن الحديث متفق عليه، وأيضاً تلقته الأمة بالقبول. وفي تتبع المروي عن النبي ﷺ وعن أصحابه من تلقين ماعز وغيره الرجوع احتيالاً للدرء بعد الثبوت ما يفيد القطع بثبوت الحكم، وتمامه في الفتح. قوله: (ثلاثة أنواع) يأتي بيانها. قوله: (في المحل) هو الموطوءة كما في العيني والشلبي وغيرهما، لقوله الآتي «أي الملك» بمعنى المملوك. قوله: (ويرهن) أي على أنها أمة ولده أو أمة أبويه مثلاً. قوله: (وكذا يسقط بمجرد دعواها) أي دعوى الشبهة، وهذا يغني عما قبله لانفهامه منه بالأولى. قوله: (إلا في دعوى الإكراه الخ) قلت: الظاهر في وجه الفرق أن الإكراه لا يخرج الفعل عن كونه زنا، وإنما هو عذر مسقط للحد وإن لم يسقط الإثم، كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإثم فلا يقبل قوله بمجرد دعواه، بخلاف دعواه شبهة من الشبه الثلاث لأنه ينكر السبب الموجب للحد، فإن دعواه أنه تزوجها أو أنها أمة ونحوه إنكار للوطء الخالي عن الملك وشبهته، فلذا قبل قوله بلا برهان. تأمل. والظاهر أن لزوم البرهان على الإكراه خاص بما إذا ثبت زناه بالبينة لا بإقراره. قوله: (لا حد بلازم) أي ثابت.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ شُبْهَةِ المَحِلِّ

قوله: (بشبهة المحل) هو الموطوءة كما مر، وهي المنافية للحرمة ذاتاً، على معنى أنا لو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافياً للحرمة. نهر: يعني أن النظر إلى ذات الدليل ينفي الحرمة ويثبت الحل مع قطع النظر عن المانع، كما في القهستاني.

وحاصله أنها وجد فيها دليل مثبت للحل لكنه عارضه مانع، فأورث هذا الدليل شبهة في حل المحل والإضافة فيها على معنى في. وقال الزيلعي: أي لا يجب الحد بشبهة وجدت في المحل وإن علم حرمته، لأن الشبهة إذا كانت في الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها، وهذا لأن الدليل المثبت للحل قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة، فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل؛ لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل، بيانه قوله عليه

أي الملك، وتسمى شبهة حكمية: أي الثابت حكم الشرع بحله (وإن ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده) وإن سفل ولو ولده حياً. فتح، لحديث «أنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»[١] (ومعتدة الكنايات) ولو خلعاً خلا عن مال وإن نوى بها ثلاثاً. نهر؛

الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» يقتضي الملك، لأن اللام فيه للملك اهـ: أي وقد عارضه مانع من إرادة حقيقة الملك وهو الإجماع على عدم إرادته حقيقة فثبتت الشبهة عملاً باللام بقدر الإمكان. قوله: (أي الملك) بمعنى المملوك، فلا ينافي تفسيره أيضاً بالموطوءة، فافهم: أي شبهة كون المحل مملوكاً له أو المصدر بمعنى المالكية: أي كونه مالكاً له. قوله: (وتسمى شبهة حكمية) لكون الثابت فيها شبهة الحكم بالحل.

قوله: (أي الثابت حكم الشرع بحله) بنصب الثابت على أن ذلك تفسير لقوله «شبهة حكمية» أو بجره على أنه تفسير لقوله «بشبهة المحل» وضمير «حله» للمحل. وعبارة الفتح: وشبهة في المحل، وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك: أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل، فأسقط الشارح لفظ «شبهة» ولا بد منه، لأن نفس حكم الشرع بحله لم يثبت، وإنما الثابت شبهته: يعني أنها هي التي ثبت فيها شبهة الحكم بالحل لا حقيقته لكون دليل الحل عارضه مانع كما مر. قوله: (ولو ولده حياً) مبالغة على قوله: «وولد ولده» ح. وتمام عبارة الفتح: وإن لم يكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه، وتقدمت هذه المسألة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد اهـ. وسنذكر أنه لا يثبت فيها النسب من الجد إذا كان ولده حياً. قوله: (الحديث الخ) رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح، وتمامه في الفتح، وذكر فيه قصة. قوله: (ولو خلعاً خلا عن مال) أما لو كانت بغير لفظ الخلع فهي داخلة بالأولى، وقيد بكون الخلع خلا عن مال، لأنه لو كان على مال لم يكن من هذا القسم بل يكون من شبهة الفعل الآتية، فلا ينتفي عنه الحد إلا إذا ظن الحل، كما في المطلقة ثلاثاً، لأنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقاً رجعياً، وإنما اختلف الصحابة في كونها فسخاً أو طلاقاً. يعني بائناً، فالحرمة ثابتة على كل حال، وبهذا يعرف خطأ من بحث. وقال: ينبغي جعلها من الشبهة الحكمية، هذا حاصل ما حققه في فتح القدير؛ ويشهد له قوله في الهداية: والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع، ومثله في البحر عن البدائع. وبه يعلم أن ما نقله قبله عن جامع النسفي من أنه لا حد وإن علم الحرمة لاختلاف الصحابة في كونه بائناً محمول على ما إذا كان الخلع بلا مال، كما أن ما في المجتبى من أن المختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً لحرمتها إجماعاً، محمول على ما إذا كان بمال توفيقاً بين كلامهم، فافهم. قوله: (وإن نوى بها ثلاثاً) أي بالكنايات فلا

(١) أخرجه أحمد ٢ / ٢١٤ وأبو داود ٢ / ٨٠١ (٣٥٣٠) وابن ماجه ٢ / ٧٦٩ (٢٢٩٢).

لقول عمر رضي الله عنه: الكنايات رواجع (و) وطء (البائع) الأمة (المبيعة والزوج) الأمة (المهورة قبل تسليمها) لمشتر وزوجة، وكذا بعده في الفاسد (ووطء الشريك) أي أحد الشريكين (الجارية المشتركة و) وطء (جارية مكاتبه وعبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته) زيلعي. (ووطء جارية من الغنيمة بعد الإحراز) بدارنا (أو قبله) ووطء جاريته قبل الاستبراء، والتي فيها خيار

يحد بوطئها في العدة وإن قال علمت أنها حرام لتحقق الاختلاف، لأن دليل المخالف قائم وإن كان غير معمول به عندنا. أفاده في الفتح. ثم قال: وفي هذه المسألة يقال مطلقة ثلاث وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا تحد. قوله: (المهورة) أي التي جعلها مهراً لزوجته. قوله: (قبل تسليمها لمشتر وزوجة) لف ونشر مرتب، لأنهما في ضمان البائع أو الزوج وتعودان إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطاً على الوطء بالملك واليد، وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة. زيلعي. قوله: (وكذا بعده في الفاسد) الأولى أن يقول: وكذا في الفاسد ولو بعده: أي بعد التسليم. قال في البحر: أما قبله فلبقاء الملك، وأما بعده فلأن له حق الفسخ فله حق الملك اهـ.

وقد يقال: إن وطء البائع في الفاسد قبل التسليم ليس مما نحن فيه، لأنه وطء في حقيقة الملك لا في شبهته، فقوله بعده للاحتراز عما قبله. تأمل. قوله: (ووطء الشريك الخ) لأن ملكه في البعض ثبت فتكون الشبهة فيها أظهر. زيلعي. وهذا إذا لم يكن أعتقها أحد الشريكين، وإلا ففيه تفصيل مذكور في الخانية. قوله: (ووطء جارية مكاتبه وعبده الخ) لأن له حقاً في كسب عبده فكان شبهة في حقه. زيلعي، وأما غير المديون فهو على ملك سيده. قوله: (ووطء جارية من الغنيمة) أي وطء أحد الغانمين قبل القسمة كما في البحر عن البدائع. قال ح: وسيأتي في كتاب السرقة عن الغاية بحثاً: عدم قطع من سرق من المغنم وإن لم يكن له حق فيه، لأنه مباح الأصل فصار شبهة فكان ينبغي الإطلاق هنا أيضاً. تأمل اهـ.

قلت: وفيه أن ما كان مباح الأصل هو ما يوجد في دار الإسلام تافهاً مباحاً كالصيد والحشيش، فهذا لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرز، وجارية المغنم ليست كذلك، وإلا لزم أن لا يقطع بها ولو بعد الإحراز والقسمة، وكذا لو زنى بها. تأمل. قوله: (ووطء جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح. وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه، إلا أنه منع من وطئه لها خوف اشتباه النسب، والكلام في وطء حرام سقط فيه الحد لشبهة الملك، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطء الزوجة الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة مما منع من وطئها لعارض الأذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك، إلا أن يراد بشبهة الملك ملك الوطء لا ملك الرقبة، فليتأمل. قوله: (والتي فيها خيار للمشتري) أي

للمشتري، والتي هي أخته رضاعاً، وزوجة حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لأمها أو بنتها، لأن من الأئمة من لم يحرّم به وغير ذلك، كما لا يخفى على المتتبع، فدعوى الحصر في ستة مواضع ممنوعة.

(و) لا حدّ أيضاً (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه: أي شبهة في حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله)

إذا وطئها البائع واقتصر على ذكر المشتري، لأنه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالأولى، لأنه لم يحد إذا كان للبائع، لبقاء ملكه، وإن كان للمشتري فلأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية كما في البحر. أفاده ط.

وقد يقال: إن المناسب أن لا يذكر خيار البائع، لأن وطأه في حقيقة الملك لا في شبهته نظير ما مر، فكان الأولى ما ذكره الشارح، ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لأجنبي، فافهم. وفي التاترخانية: ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشتري أو كان الخيار للمشتري فوطئها البائع فإنه لا يحد، علم بالحرمة أو لم يعلم. قوله: (والتي هي أخته رضاعاً) أي ووطء أمته التي هي أخته رضاعاً.

قلت: ومثلها أمته المجوسية والتي تحته أختها لوجود الملك فيهما أيضاً مع أن حرمتهما غير مؤبدة. تأمل. قوله: (من لم يحرم به) أي بالمذكور من الردة وما بعدها، أما الردة فقد تقدم في كتاب النكاح أن مشايخ بلخ أفتوا بعدم الفرقة بردتها، وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعي رحمه الله تعالى اهـ ح. قوله: (وغير ذلك) منه ما ذكرناه من المجوسية والتي تحته أختها. قوله: (فدعوى الحصر) أي المفهوم من قول الهداية وغيرها: والشبهة في المحل في ستة مواضع.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ شُبْهَةِ الفِعْلِ

قوله: (بشبهة الفعل) أي الشبهة في الفعل الذي هو الوطء حيث كان مما قد يشتبه عليه حرمته لا في محله وهو الموطوءة، لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذا لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن في حل المحل شبهة أصلاً. قوله: (أي شبهة في حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف «إن ظن حله» لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر، ولذا قال في الفتح: إنما تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة، إذ لا دليل في السمع يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلاً، كما يظن أن جارية زوجته تحل له، لظنه أنه استخدام، واستخدامها حلال، فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلاً لفرض أن لا دليل أصلاً لتثبت الشبهة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتاً لم تكن شبهة أصلاً اهـ. قوله: (إن ظن حله) شرط لقوله: «ولا حد الخ» فنفي الحد هنا مشروط

في رواية كتاب الحدود، وهي المختار. زيلعي. وفي الهداية: المستعير للرهن كالمرتهن. وسيجيء حكم المستأجرة والمغصوبة، وينبغي أن الموقوفة عليه كالمرهونة. نهر. (و) معتدة (الطلاق على مال) وكذا المختلعة على الصحيح. بدائع. ومعتدة (الإعتاق) (و) لحال أنها (هي أم ولده، و) الواطىء (إن ادعى النسب يثبت في الأولى) شبهة المحل (لا في الثانية) أي شبهة الفعل

الطلاق البائن بلفظ الكنايات والعبارة على ما إذا كان بلفظ الصريح، والله أعلم. قوله: (في رواية كتاب الحدود) أي أن محمداً ذكرها في كتاب الحدود من مسائل شبهة الفعل، وذكر في كتاب الرهن أنها من شبهة المحل.

قال في البحر: والحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد باتفاق الروايتين، والخلاف فيما إذا علم الحرمة: والأصح وجوبه، وذكر في الإيضاح وجوبه وإن ظن الحل؛ وهو مخالف لعامة الروايات.

مطلب: الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه

قال في النهر المنتقى: واستفيد منه أن الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه، لأنه كان استطراداً، هكذا كان أفادنيه والدي فليحفظ. قوله: (وهي المختار) وفي الهداية: وهي الأصح؛ وتبعه الشارحون، لأن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال، لأنه إنما يفيد له الملك بعد الهلاك فيصير به مستوفياً لحقه، لكنه بعد الهلاك لا يملك المتعة: أي الوطء. ومقتضى هذا وجوب الحد وإن ظن الحل، لكن لما كان الاستيفاء سبباً لملك المال، وملك المال سبباً لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه. ذخيرة. قوله: (المستعير للرهن) اللام للتعليل: أي الذي استعار أمة ليرهنها، لا للتعدية حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتهن اهـ ح. والمناسب أن يقول: لا للتقوية، لأن اسم الفاعل هنا متعد بنفسه، تقول أنا مستعير فرساً. فإذا قلت مستعير للفرس كانت زائدة لتقوية العامل، كقوله تعالى: ﴿مُصَدِّقًا لِّمَا مَعَهُمْ﴾ [البقرة: ٩١] ولعل وجه كون المستعير بمنزلة المرتهن هو أنه إذا استعار شيئاً ليرهنه ثم هلك عند المرتهن صار مستوفياً لدينه ووجب مثل الدين للمعير على المستعير، لأنه صار قاضياً دينه بالرهن كما تقرر في محله، فإذا غرم مثله للمعير صار مالكاً له فكان بمنزلة المرتهن. تأمل. قوله: (وسيجيء) أي في هذا الباب. قوله: (وكذا المختلعة) أي على مال، لأنه لو كان خلعاً خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر. قوله: (يثبت في الأولى) هذا في غير الجد إذا وطىء جارية ابن ابنه وابنه حي، لأن الجد لا يتملكها حال حياة الأب فلا يثبت النسب بدعوى الجد؛ نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزعمه أنه عمه، وما في النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه في الفتح.

لتمحضه زنا (إلا في المطلقة ثلاثاً بشرطه) بأن تلد لأقل من سنتين لا لأكثر إلا بدعوة، كما مر في بابه، وكذا المختلعة والمطلقة بعوض بالأولى. عناية (و) إلا (في وطء امرأة زفت) إليه (وقال النساء هي زوجتك ولم تكن كذلك) معتمداً خبرهن فيثبت نسبه بالدعوة. بحر.

(و) لا حد أيضاً (بشبهة العقد) أي عقد النكاح (عنده) أي الإمام

قوله: (لتمحضه زنا) لأنه لا شبهة ملك فيه، بل سقط الحد لظنه فضلاً من الله تعالى، وهو راجع إليه: أي إلى الواطئ، لا إلى المحل، فكأن المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت النسب بهذا الوطء، ولذا لا تثبت به عدة لأنه لا عدة من الزنا. فتح. قوله: (بشرطه) أي بشرط الثبوت، والمناسب إسقاطه كما يظهر قريباً. قوله: (بأن تلد الخ) بدل من قوله: «بشرطه» قال ح: ويحمل على وطء سابق على الطلاق كما تقدم في باب ثبوت النسب. ولا تقول: إنه انعقد من هذا الوطء الحرام حيث أمكن حمله على الحلال. قوله: (لا لأكثر) ومثل الأكثر تمام السنتين ح. قوله: (كما مر في بابه) من أنه لا يثبت النسب في المطلقة ثلاثاً بعد سنتين إلا بدعوة ح.

قلت: وتحصل من هذا أنه إذا ادعى الولد يثبت النسب، سواء ولدت لأقل من سنتين أو لأكثر وإن لزم الوطء في العدة لوجود شبهة العقد؛ وأما بدون الدعوى فلا يثبت إلا إذا ولدت لأقل من سنتين حملاً على أنه بوطء سابق على الطلاق، فقول المصنف «بشرطه» لا محل له، لأن كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقاً كما علمت، وهو الذي حرره في الفتح وتبعه في البحر. قوله: (بالأولى) لأنها أقل من الثلاث ط. فإن حرمة الثلاث تزيل حل المحلية ولذا لا تحل له إلا بعد زوج آخر. قوله: (وإلا في وطء امرأة الخ) الاستثناء في هذه مبني على أنها من شبهة الاشتباه: أي شبهة الفعل، وعليه مشى الزيلعي، وكذا صاحب البحر أولاً، وقيل إنها شبهة محل؛ وذكر في الفتح أولاً أنه الأوجه لأن قولهن هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء لقبول قول الواحد في المعاملات، ولذا حل وطء من قالت أرسلني مولاي هدية إليك. ثم قال: والحق أنه شبهة اشتباه، لأن الدليل المعتبر فيها ما يقتضي ثبوت الملك لا ما يطلق شرعاً مجرد الوطء. اهـ ملخصاً. فليتأمل. قوله: (وقال النساء) الجمع غير قيد كما يأتي. قوله: (فيثبت نسبه بالدعوة بحر) لفظ بالدعوة الخ يوجد في بعض النسخ: وهو غير لازم لأن أصل الكلام فيه.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ شُبْهَةِ الْعَقْدِ

قوله: (بشبهة العقد) أي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، لأن الشبهة كما مر ما يشبه الثابت وليس بثابت، فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة، ولذا قال في التاترخانية:

(كوطء محرم نكحها) وقالا: إن علم الحرمة حد، وعليه الفتوى. خلاصة. لكن المرجح في جميع الشروح قول الإمام، فكان الفتوى عليه أولى. قاله قاسم في تصحيحه.

وإذا كان الوطء بملك النكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض آخر فذلك لا يوجب الحد نحو الحائض والنفساء والصائمة صوم الفرض والمحرمة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها فوطئها في العدة لا حد عليه، وكذا الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو لكون أختها مثلاً في نكاحه أو هي مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم الحرمة اهـ.

قوله: (كوطء محرم نكحها) أي عقد عليها، أطلق في المحرم فشمل المحرم نسباً ورضاعاً وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خمساً في عقد فوطئهن أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الأخيرة لو كان متعاقباً بعد التزوج فإنه لا حد، وهو بالاتفاق على الأظهر. أما عنده فظاهر، وأما عندهما فلأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي محرمة على التأبيد. بحر.

قلت: وهذا هو الذي حرره في فتح القدير وقال: إن الذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم كابن المنذر ذكروا أنه إنما يحد عندهما في ذات المحرم لا في غير ذلك كمجوسية وخامسة ومعتدة، وكذا عبارة الكافي للحاكم تفيده حيث قال: تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه، وإن فعله على علم لم يحد أيضاً، ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة. وقالا: إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحرم اهـ. فعمم في المرأة على قوله ثم خص عنى قولهما بذوات المحرم. قوله: (وقالا الخ) مثار الخلاف على ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه، فعنده هي ثابتة على معنى أنها محل لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة، ونفياها على معنى أنها ليست محلاً لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة، وتمامه في الفتح والنهر. قوله: (إن علم الحرمة حد) أما إن ظن الحل فلا يحد بالإجماع ويعزر، كما في الظهيرية وغيرها.

مطلب: إذا استحل المحرم على وجه الظن لا يكفر، كما لو ظن علم الغيب

وعلم من مسائلهم هنا أن من استحل ما حرمه الله تعالى على وجه الظن لا يكفر، وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حلالاً. ونظيره ما ذكره القرطبي في شرح مسلم أن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شيء في المستقبل بتجربة أمر عادي فهو

لكن في القهستاني عن المضمرات: على قولهما الفتوى. وحرر في الفتح أنها من شبهة المحل وفيها يثبت النسب كما مر (أو) وطء في (نكاح بغير شهود) لا حد لشبهة العقد.

وفي المجتبى: تزوج بمحرمه أو منكوحة الغير أو معتدته ووطئها ظاناً الحل لا يحد ويعزر، وإن ظاناً الحرمة فكذلك عنده

ظن صادق، والممنوع ادعاء علم الغيب. والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام لا كفر، بخلاف ادعاء العلم، وسنوضحه في الردة. بحر. قوله: (لكن في القهستاني الخ) الاستدراك على قوله: «في جميع الشروح» فإن المضمرات من الشروح. وفيه أن القهستاني ذكر عن المضمرات أنه قال: والصحيح الأول، وأنه في موضع آخر قال: إذا تزوج بمحرمه يحد عندهما، وعليه الفتوى اهـ. على أن ما في عامة الشروح مقدم. وكذلك في الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما، ثم وجهه بأن الشبهة تقتضي تحقق الحل من وجه وهو غير ثابت، وإلا وجبت العدة والنسب، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما. ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق الحل من وجه، فالشبهة لا تقتضي تحقق الحل من وجه، لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه؛ ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد لمعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اهـ ملخصاً.

وحاصله أن عدم تحقق الحل من وجه في المحارم لكونه زنا محضاً يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة، ولا يلزم منه عدم الشبهة الدارئة للحد. ولا يخفى أن في هذا ترجيحاً لقول الإمام. قوله: (وحرر في الفتح الخ) صوابه في النهر، فإنه بعد ما ذكر ما قدمناه عن الفتح قال: وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه. قال في البدائع: وهو قول بعض المشايخ. والصحيح أنها شبهة عقد، لأنه روي عن محمد أنه قال: سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب، وهكذا ذكر في المنية اهـ. وهذا صريح بأن الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر اهـ. كلام النهر.

قلت: وفي هذا زيادة تحقيق لقول الإمام لما فيه من تحقيق الشبهة حتى ثبت النسب، ويؤيده ما ذكره الخير الرملي في باب المهر عن العيني ومجمع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافاً لهما. قوله: (وفي المجتبى الخ) مثله في الذخيرة. قوله: (ظاناً الحل) أما لو اعتقده يكفر كما مر. قوله: (ويعزر) أي إجماعاً كما في الذخيرة، لكنه مخالف لما في الهداية من قوله: ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك فقيد العقوبة بما

خلافاً لهما. فظهر أن تقسيمها ثلاثة أقسام: قول الإمام (وحدّ بوطء أمة أخيه وعمه) وسائر محارمه سوى الولاد لعدم المبسوطة. (و) بوطء (امرأة وجدت على فراشه) فظنها زوجته. (ولو هو أعمى) لتمييزه بالسؤال إلا إذا دعاها فأجابته قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها، لأن الإخبار دليل شرعي، حتى لو

إذا علم، ومثله ما مر عن كافي الحاكم. وفي الفتح: ثم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال علمت أنها علي حرام، ولكن يجب الحد ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً شرعاً إذا كان عالماً بذلك. وإن لم يكن عالماً لا حد ولا عقوبة تعزير اهـ.

وقد يجاب بأن قوله ولا عقوبة تعزير المراد به نفي أشد ما يكون، فلا ينافي أن يعزر بما يليق بحاله حيث جهل أمراً لا يخفى عادة. تأمل. قوله: (خلافاً لهما) أي في ذات المحرم فقط كما مر. قوله: (فظهر أن تقسيمها الخ) إن أراد التقسيم من حيث الحكم فهي اثنان عند الكل، غايته إن حكم شبهة العقد عند الإمام حكم شبهة المحل، وعندهما: حكم شبهة الفعل، وإن أراد التقسيم من حيث المفهوم فهي اثنان أيضاً، لأن شبهة العقد منها ما هو شبهة الفعل كمعتدة الثلاث كما صرح به في النهر في باب ثبوت النسب، ومنها ما هو شبهة المحل كمسألة المتن اهـ ح. قوله: (وحد بوطء أمة أخيه الخ) أي وإن قال ظننت أنها تحل لي، لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة. ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام، لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زنا محرماً فلا يعارض ما مر عن المحيط من أن شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام. فتح. قوله: (سوى الولاد) بالكسر مصدر ولدت المرأة ولاداً وولادة: أي سوى قرابة الولادة: أي قرابة الأصول أو الفروع فلا حد فيهما، لكن لا يحد في قرابة الأصول إذا ظن الحل كما مر. قوله: (وجدت على فراشه) يعني في ليلة مظلمة كما في الخانية. شرنبلالية. فيعلم حكم النهار بالأولى قوله: (إلا إذا دعاها) يعني الأعمى، بخلاف البصير كما في الخانية، وهو ظاهر عبارة الزيلعي والفتح أيضاً.

ثم اعلم أن ما ذكره المصنف والشارح هو المذكور في المتون والشروح، وعزاه في التاترخانية إلى المنتقى والأصل، لكنه قال بعد ذلك: وفي الظهيرية رجل وجد في بيته امرأة في ليلة ظلماء فغشيها وقال ظننت أنها امرأتي لا حد عليه، ولو كان نهاراً يحد. وفي الحاوي: وعن زفر عن أبي حنيفة فيمن وجد في حجلته أو في بيته امرأة فقال ظننت أنها امرأتي، إن كان نهاراً يحد، وإن كان ليلاً لا يحد. وعن يعقوب عن أبي حنيفة أن عليه الحد ليلاً كان أو نهاراً، قال أبو الليث: وبرواية زفر يؤخذ اهـ.

أجابته بالفعل أو بنعم حدّ. (وذمية) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حربيّ) مستأمن (و) حدّ ذميّ زنى بحربية مستأمنة (لا) يحدّ الحربي في الأولى (والحربية) في الثانية، والأصل عند الإمام الحدود كلها لا تقام على مستأمن إلا حدّ القذف.

(و) لا يحد بوطء (بهيمة) بل يعزر وتذبح ثم تحرق، ويكره الانتفاع بها حية وميتة مجتبى. وفي النهر: الظاهر أنه يطالب ندباً، لقولهم تضمن بالقيمة (و) لا يحد (بوطء أجنبية زفت إليه وقيل) خبر الواحد كاف في كل ما يعمل فيه بقول

قلت: ومقتضاه أنه لا حد على الأعمى ليلاً كان أو نهاراً. قوله: (وجاز) أي العطف على ضمير الرفع المتصل. قوله: (لا يحد الحربي الخ) أي خلافاً لأبي يوسف؛ لقوله يحد الحربي المستأمن أيضاً. وقال محمد: لا يحد واحد منهما، غير أنه قال في العكس: وهو ما لو زنى ذمي بمستأمنة كقول الإمام من أن الذمي يحد.

والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان، أو الرجل مسلم والمرأة ذمية، أو مستأمنة أو بالعكس، أو الرجل ذمي والمرأة مستأمنة أو بالعكس، فهي تسع صور. والحد واجب عند الإمام في الكل إلا في ثلاث: إذا كانا مستأمنين، أو أحدهما. أفاده في البحر.

مطلب في وطء الدابة

قوله: (وتذبح ثم تحرق) أي لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت وليس بواجب كما في الهداية وغيرها وهذا إذا كانت مما لا يؤكل، فإن كانت تؤكل جاز أكلها عنده. وقالا: تحرق أيضاً. فإن كانت الدابة لغير الواطىء يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح، هكذا قالوا: ولا يعرف ذلك إلا سماعاً فيحمل عليه. زيلعي ونهر. قوله: (الظاهر أنه يطالب ندباً الخ) أي قولهم: يطالب صاحبها أن يدفعها إلى الواطىء ليس على طريق الجبر. وعبارة النهر: والظاهر أنه يطالب على وجه الندب، ولذا قال في الخانية: كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة اهـ. وعبارة البحر: والظاهر لا يجبر على دفعها.

تنبيه: لو مكنت امرأة قرداً من نفسها فوطئها كان حكمها كإتيان البهائم. جوهرة. أي في أنه لا حدّ عليها بل تعزّر. وهل يذبح القرد أيضاً؟ مقتضى التعليل بقطع امتداد التحدث نعم، فتأمل. قوله: (خبر الواحد كاف الخ) جملة معترضة بين القول ومقوله، والأولى ذكرها بعد من عرسك لئلا يوهم أنها مقولة القول. والمراد أن تعبير المصنف كالكنز بقيل أولى من تعبير القدوري بقلن.

النساء: بحر (هي عرسك وعليه مهرها) بذلك قضى عمر رضي الله عنه وبالعدة:

مَطْلَبٌ فِيمَنْ وَطِئَ مَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ

تنبيه: مقتضى هذا كله أنه لا يسقط الحد بمجرد الزفاف، وأنه لا بد من أن ينضم إليه الإخبار بأنها زوجته، ويلزم عليه أن من زفت إليه زوجته ليلة عرسه ولم يكن يعرفها أنه لا يحل له وطؤها ما لم تقل له واحدة أو أكثر إنها زوجتك، وهو خلاف الواقع بين الناس، وفيه حرج عظيم لأنه يلزم منه تأثيم الأمة. والظاهر أنه يحل وطؤها بدون إخبار، ولا سيما إذا أحضرها النساء من أهله وجيرانه إلى بيته وجليت على المنصة[1] ثم زفت إليه، فإن احتمال غلط النساء فيها وأنها غيرها أبعد ما يكون؛ ومع هذا لو فرض الغلط وقد وطئها على ظن أنها زوجته وأنها تحل له فوجوب الحد عليه إذا لم يقل له أحد إنها زوجتك في غاية البعد أيضاً، إذ لا شك أن هذه الشبهة أقوى من شبهة العقد على أمه أو بنته وظنه حلها له، وأقوى من ظنه حل أمة أبويه ونحوهما، وكذا من وجدها على فراشه ليلاً على ما صححه أبو الليث. ورأيت في الخانية: رجل زفت إليه غير امرأته ولم يكن رآها قبل ذلك فوطئها كان عليه المهر ولا حد عليه اهـ. وظاهره أن الإخبار غير شرط. وأظهر منه ما في كافي الحاكم الشهيد: رجل تزوج فزفت إليه أخرى فوطئها لا حد عليه ولا على قاذفه.

رجل فجر بامرأة ثم قال حسبتها امرأتي قال: عليه الحد، وليست هذه كالأولى لأن الزفاف شبهة؛ ألا ترى أنها إذا جاءت بولد ثبت نسبه منه، وإن جاءت هذه التي فجر بها بولد لم يثبت نسبه منه اهـ. فقوله لأن الزفاف شبهة صريح في أن نفس الزفاف شبهة مسقطة للحد بدون إخبار، فهذا نص الكافي، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية، فالظاهر أن ما في المتون رواية أخرى، أو هو محمول على ما إذا لم تقم قرينة ظاهرة من عرس تجتمع فيه النساء أو من إرسال من تأتي بها إليه أو نحو ذلك مما يزيد على الإخبار، فلو لم يكن شيء من ذلك، كما إذا تزوج امرأة ثم بعد مدة أدخلت عليه امرأة في بيته ولم يعلم أنها التي عقد عليها أو غيرها، ولكنه ظن أنها هي فوطئها فهنا لا بد من إخبار واحدة أو أكثر بأنها زوجته، وإلا لزمه الحد، هذا ما ظهر لي، ولم أر من تعرض له، والله تعالى أعلم. قوله: (وعليه مهرها) أي ويكون لها كما قضى به علي رضي الله عنه، وهو المختار، لأن الوطء كالجناية عليها لا لبيت المال كما قضى به عمر رضي الله عنه، وكأنه جعله حق الشرع عوضاً عن الحد وتمامه في الزيلعي وغيره. قوله: (بذلك قضى عمر) كذا وقع في الدرر، وصوابه «علي». وفي العزمية أنه سهو ظاهر.

(١) في ط قوله المنصة بكسر الميم وبالصاد المهملة المشددة: هو الكرسي الذي تقف عليه العروس في جلائها.

(أو) بوطء (دبر) وقالا: إن فعل في الأجانب حُدّ، وإن في عبده أو أمته أو زوجته فلا حدّ إجماعاً بل يعزّر. قال في الدرر بنحو الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من محل مرتفع باتباع الأحجار. وفي الحاوي: والجلد أصح. وفي الفتح: يعزّر ويسجن حتى يموت أو يتوب. ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام سياسة.

قلت: وفي النهر معزياً للبحر: التقييد بالإمام يفهم أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة.

فرع: في الجوهرة: الاستمناء حرام، وفيه التعزير، ولو مكن امرأته أو أمته

مَطْلَبٌ فِي وَطْءِ الدُّبُرِ

قوله: (أو بوطء دبر) أطلقه فشمل دبر الصبي والزوجة والأمة فإنه لا حدّ عليه مطلقاً عند الإمام. منح. ويعزّر. هداية. قوله: (حد) فهو عندهما كالزنا في الحكم فيجلد جلداً إن لم يكن أحصن، ورجماً إن أحصن. نهر.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ اللِّوَاطَةِ

قوله: (بنحو الإحراق الخ) متعلق بقوله يعزّر. وعبارة الدرر: فعند أبي حنيفة يعزّر بأمثال هذه الأمور.

واعترضه في النهر بأن الذي ذكره غيره تقييد قتله بما إذا اعتاد ذلك. قال في الزيادات: والرأي إلى الإمام فيما إذا اعتاد ذلك، إن شاء قتله، وإن شاء ضربه وحبسه. ثم نقل عبارة الفتح المذكورة في الشرح وكذا اعترضه في الشرنبلالية بكلام الفتح. وفي الأشباه من أحكام غيبوبة الحشفة: ولا يحد عند الإمام إلا إذا تكرر فيقتل على المفتى به اهـ. قال البيري: والظاهر أنه يقتل في المرة الثانية لصدق التكرار عليه اهـ. ثم ظاهر عبارة الشارح أنه يعزّر بالإحراق ونحوه ولو في عبده ونحوه، وهو صريح ما في الفتح حيث قال: ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد إجماعاً، كذا في الكافي؛ نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده. قوله: (والتنكيس الخ) قال في الفتح: وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم، ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون. قوله: (وفي الحاوي) أي الحاوي القدسي. وعبارته: وتكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع، وحبسه في أنتن بقعة وغير ذلك سوى الإخصاء والجبّ، والجلد أصح اهـ. وسكت عليه في البحر والنهر، تأمل. قوله: (التقييد بالإمام الخ) فيه كلام قدمناه قبيل هذا الباب. قوله: (الاستمناء حرام) أي بالكف إذا كان لاستجلاب الشهوة، أما إذا غلبته الشهوة وليس له زوجة ولا أمة ففعل ذلك لتسكينها فالرجاء أنه لا وبال عليه كما قاله أبو الليث، ويجب

من العبث بذكره فأنزل كره ولا شيء عليه **(ولا تكون)** اللواطة **(في الجنة على الصحيح)** لأنه تعالى استقبحها وسماها خبيثة، والجنة منزهة عنها. فتح. وفي الأشباه: حرمتها عقلية فلا وجود لها في الجنة. وقيل سمعية

لو خاف الزنا. قوله: (كره) الظاهر أنها كراهة تنزيه، لأن ذلك بمنزلة ما لو أنزل بتفخيذ أو تبطين. تأمل. وقدمنا عن المعراج في باب مفسدات الصوم: يجوز أن يستمني بيد زوجته أو خادمته، وانظر ما كتبناه هناك. قوله: **(ولا شيء عليه)** أي من حد وتعزير، وكذا من إثم على ما قلناه.

مطلب: لا تكون اللواطة في الجنة

قوله: **(ولا تكون اللواطة في الجنة)** قال السيوطي: قال ابن عقيل الحنبلي: جرت مسألة بين أبي علي بن الوليد المعتزلي وبين أبي يوسف القزويني في ذلك، فقال ابن الوليد: لا يمتنع أن يجعل ذلك من جملة اللذات في الجنة لزوال المفسدة، لأنه إنما منع في الدنيا لما فيه من قطع النسل وكونه محلاً للأذى وليس في الجنة ذلك، ولهذا أبيح شرب الخمر لما ليس فيه من السكر وغاية العربدة وزوال العقل فلذلك لم يمنع من الالتذاذ بها. فقال أبو يوسف: الميل إلى الذكور عاهة، وهو قبيح في نفسه لأنه محل لم يخلق للوطء، ولهذا لم يبح في شريعة، بخلاف الخمر وهو مخرج الحدث، والجنة نزهت عن العاهات. فقال ابن الوليد: العاهة هي التلويث بالأذى، فإذا لم يبق إلا مجرد الالتذاذ اهـ كلامه. ومشى على الصحيح. قوله: **(حرمتها عقلية)** الظاهر أن المراد بالحرمة القبح إطلاقاً لاسم المسبب على السبب: أي قبحها عقلي، بمعنى أنه يدرك بالعقل وإن لم يرد به الشرع كالظلم والكفر، لأن مذهبنا أنه لا يحرم بالعقل شيء: أي لا يكون العقل حاكماً بحرمته، وإنما ذلك لله تعالى، بل العقل مدرك لحسن بعض المأمورات وقبح بعض المنهيات فيأتي الشرع حاكماً بذلك فيأمر بالحسن وينهى عن القبيح. وعند المعتزلة: يجب ما حسن عقلاً ويحرم ما قبح وإن لم يرد الشرع بوجوبه أو حرمته. فالعقل عندهم هو المثبت، وعندنا المثبت هو الشرع والعقل آلة لإدراك الحسن والقبيح قبل الشرع. وعند الأشاعرة: لا حظ للعقل قبل الشرع، بل العقل تابع للشرع، فما أمر به الشرع نعلم بالعقل أنه حسن، وما نهى عنه يعلم أنه قبيح. وتمام أبحاث المسألة يعلم من كتب الأصول ومن حواشينا على شرح المنار[1]. قوله: **(وقيل**

---

[1] الحسن في اللغة ضد القبح، يقال: حسن يحسن حسناً [illegible] (فيروزآبادي) [illegible]
حسنات [illegible].

ويطلق الحسن والقبح على ثلاثة أمور بالاشتراك [illegible]

الأول: يطلق الحسن على ملاءمة الشيء للطبع [illegible]

فتوجد وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الأعلى كالذكور والأسفل كالإناث. والصحيح الأول. وفي البحر حرمتها أشدّ من الزنا لحرمتها عقلاً وشرعاً وطبعاً، والزنا ليس بحرام طبعاً، وتزول حرمته بتزوّج وشراء بخلافها، وعدم الحد عنده لا لخفتها بل للتغليظ لأنه مطهر على قول. وفي المجتبى: يكفر مستحلها عند

سمعية) أي لا يستقل العقل بإدراك قبحها قبل ورود الدليل السمعي. قوله: (فتوجد) أي يمكن أن توجد. قوله: (وقيل يخلق الله تعالى الخ) هذا خارج عن محل النزاع، لأن الكلام في الإتيان في الدبر. قوله: (والصحيح الأول) هو أنه لا وجود لها في الجنة. قوله: (لحرمتها) أي قبحها كما مر. قوله: (وتزول حرمته الخ) وجه آخر لبيان أشدية اللواطة، وهو أن وطء الذكر لا يمكن زوال حرمته، بخلاف وطء الأنثى فإنه يمكن بتزوّجها أو شرائها. قوله: (لأنه مطهر على قول) أي قول كثير من العلماء وإن كان خلاف مذهبنا كما مر. قوله: (يكفر مستحلها) تقدم الشارح في باب الحيض الخلاف في كفر مستحل وطء الحائض ووطء الدبر، ثم وفق بما في التاترخانية عن السراجية: اللواطة بمملوكه أو مملوكته أو امرأته حرام، إلا أنه لو استحله لا يكفر. قاله حسام الدين اهـ: أي فيحمل القول بكفره على ما إذا استحل اللواطة بأجنبيّ،

= وخلاصة القول في مذهب الماتريدية، أن أفعال المكلفين فيها خواص، ولها آثار تقتضي حسنها أو قبحها، وأن العقل بناء على هذه الخواص والآثار، يستطيع الحكم: بأن هذا الفعل حسن، وهذا الفعل قبيح، وما رآه العقل السليم حسناً، فهو حسن، وما رآه العقل السليم قبيحاً، فهو قبيح.

ولكن لا يلزم أن تكون أحكام الله في أفعال المكلفين على وفق ما تدركه عقولهم فيها من حسن أو قبح؛ لأن العقول مهما نضجت قد تخطئ، ولأن بعض الأفعال منها ما تشتبه فيه العقول، فلا تلازم بين أحكام الله، وما تدركه العقول.

وعلى هذا لا سبيل إلى معرفة حكم الله إلا بواسطة رسله.

وقد استدل أنصار هذا المذهب على ما يؤيد مذهبهم من نصوص الكتاب الحكيم، فأوردوا قول الله تعالى: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان، وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي﴾ وقوله تعالى في معرض وصفه للرسول ﷺ: ﴿يأمرهم بالمعروف، وينهاهم عن المنكر، ويحل لهم الطيبات، ويحرم عليهم الخبائث﴾.

وقالوا: بأن هذه الآيات وأمثالها، تدل على أن الله تعالى إذا أمر، فإنما يأمر بما هو عدل وإحسان ومعروف، وإذا نهى فإنما ينهى عما هو فحشاء ومنكر وبغي، وإذا أحل فإنما يحل الطيبات، وإذا حرم فإنما حرم الخبائث.

فيكون الباعث على الأمر والنهي: اتصاف المأمور به بالأوصاف المذكورة التي وصف بها، واتصاف المنهي عنه بالأوصاف المذكورة التي وصف بها.

وهذه الأوصاف ثابتة للمأمور به، والمنهي عنه قبل ورود أمر الشارع، وقبل نهيه: فإذا ورد أمر الشارع حسنها أو قبحها بأمره، لا بالعقل.

انظر المحصول ١/١٥٩، البرهان ١/٨٧، الأحكام للآمدي ١/١٦٣، المعتمد ١/٣٦٤، شرح مختصر المنتهى ١/٢٠٠، كشف الأسرار ١/١٨٣، فتح الغفار ١/٥٣، التوضيح ١/١٧٢، ونهاية السول ١/١٦٥.

الجمهور (أو زنى في دار الحرب أو البغي) إلا إذا زنى في عسكر لأميره ولاية الإقامة. هداية.

(ولا) حدّ (بزنا غير مكلف بمكلفة مطلقاً) لا عليه ولا عليها (وفي عكسه حد) فقط.

(ولا) حدّ (بالزنا بالمستأجرة له) أي للزنا. والحق وجوب الحدّ كالمستأجرة للخدمة. فتح (ولا بالزنا بإكراه ر) لا (بإقرار إن أنكر الآخر) للشبهة،

بخلاف غيره؛ لكن في الشرنبلالية أن هذا يعلم ولا يعلم؛ أي لئلا يتجرأ الفسقة على بغاتهم حله.

تتمة: للواطة أحكام أخر: لا يجب بها المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها لشبهة، ولا يحصل بها التحليل للزوج الأول، ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر، ولا الكفارة في رمضان في رواية. ولو قذف بها لا يحد خلافاً لهما، ولا يلاعن خلافاً لهما. بحر. وهو مأخوذ من المجتبى. ويزاد ما في الشرنبلالية عن السراج: يكفي في الشهادة عليها عدلان لا أربعة خلافاً لهما. قوله: (إلا إذا زنى الخ) يعني أن ما في المتن خاص بما إذا خرج من عسكر من له ولاية إقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد، أو كان مع أمير سرية أو أمير عسكر فزنى ثمة، أو كان تاجراً أو أسيراً. أما لو زنى مع عسكر من له ولاية إقامة الحد فإنه يحد، بخلاف أمير العسكر أو السرية، لأنه إنما فوّض إليهما تدبير الحرب لا إقامة الحدود، وولاية الإمام منقطعة ثمة كما في الفتح. شرنبلالية. قوله: (لا عليه ولا عليها) لأن فعل الرجل أصل في الزنا والمرأة تابعة له، وامتناع الحدّ في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع. نهر. وكذا لا عقر عليه، لأنه لو لزمه لرجع به الولي عليها لأمرها له بمطاوعتها له، بخلاف ما لو زنى الصبي بصبية أو بمكرهة فإنه يجب عليه العقر كما في الفتح. شرنبلالية. قوله: (والحق وجوب الحد) أي كما هو قولهما وهذا بحث لصاحب الفتح، وسكت عليه في النهر والمتون والشروح على قول الإمام. قوله: (ولا بالزنا بإكراه) هذا ما رجع إليه الإمام، وكان أولاً يقول: إن الرجل يحدّ لأنه لا يتصوّر إلا بانتشار الآلة، وهو آية الطواعية، بخلاف المرأة فلا تحدّ إجماعاً، وأطلق فشمل الإكراه من غير السلطان على قولهما المفتى به من تحققه من غيره، وهو اختلاف عصر وزمان، وتمامه في البحر. قال ط: والمراد أنه لا يجب على الزاني المكره؛ فلو زنى مكرهاً بمطاوعة وجب عليها الحد كما في حاشية الشلبي. قوله: (ولا بإقرار إن أنكره الآخر) أي لو أقر أحدهما بالزنا أربع مرات في أربع مجالس وأنكر الآخر، سواء ادعى المنكر النكاح أو لم يدعه لا يحد المقر خلافاً

وكذا لو قال اشتريتها ولو حرّة. مجتبى

نهما في الثانية لانتفاء الحد عن المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة في حق المقر، لأن الزنا فعل واحد يتم بهما، فإذا تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه، لأنه ما أطلق بل أقرّ بالزنا بمن درأ الشرع الحد عنه، بخلاف ما لو أطلق وقال: زنيت فإنه لا موجب شرعي يدفعه، ومثله لو أقرّ بالزنا بغائبة لأنه لم ينتف في حقها بما يوجب النفي وهو الإنكار. ولذا لو حضرت وأقرت تحد، فظهر أن الاعتبار للإنكار لا للغيبة. فتح ملخصاً.

قلت: ويظهر من هذا أن السكوت لا يقوم مقام الإنكار. تأمل؛ نعم تقدم أنه لو أقرّ بالزنا بخرساء لا يحد لاحتمال أنها لو كانت تتكلم لأبدت مسقطاً، وقدمنا في الباب السابق الفرق بينهما وبين الغائبة.

تنبيه: حيث سقط الحد يجب لها المهر وإن أقرت هي بالزنا وادعى النكاح، لأنه لما سقط الحد صارت مكذبة شرعاً، ثم لو أنكرت الزنا ولم تدع النكاح وادعت على الرجل حد القذف فإنه يحد له ولا يحد للزنا، وتمامه في الفتح. قوله: (وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة) أي ولو كانت حرة لا يحد، لأنه لم يقرّ بالزنا حيث ادعى الملك. وفي كافي الحاكم: زنى بأمة ثم قال اشتريتها شراء فاسداً، أو على أن للبائع فيه الخيار، أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درىء عنه الحد اهـ. وفي التاترخانية عن شرح الطحاوي: شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد؛ ولو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود اهـ. وفي البحر: لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير، ولا يكلف إقامة البينة للشبهة، كما لو ادعى السارق أن العين ملكه سقط الحد بمجرد دعواه اهـ وتقدمت هذه متناً في الباب السابق.

قلت: وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتي وقوله هي امرأتي، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقراراً بالزنا بأجنبية، بخلاف قوله هي امرأتي أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا، فتأمل. بقي هنا شيء وهو أن الشبهة في هذه المسائل وفي مسألة المتن التي قبلها لم أر من ذكر أنها من أي أقسام الشبه الثلاثة، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها. ووجهه أنه في هذه المسائل يدعي حقيقة الملك الذي لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرماً، بخلاف تلك الأقسام. والظاهر أن النسب هنا لا يثبت وأن الفعل تمحض زنا، وإنما سقط الحد لشبهة صدقه في دعواه الملك بالعقد أو بالشراء ونحوه، وبهذا لا يثبت النسب لأن الملك ثابت لغيره، وعلى هذا فيمكن دخولها في شبهة الفعل وهي شبهة الاشتباه، لأن

(وفي قتل أمة بزناها الحد) بالزنا والقيمة بالقتل، ولو أذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لتملكه الجثة العمياء فأورث شبهة. هداية. وتفصيل ما لو أفضاها في الشرح.

(ولو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حدّ عليه) اتفاقاً (بخلاف ما لو زنى بها) ثم غصبها ثم ضمن قيمتها، كما لو زنى بحرة ثم نكحها

مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الأمر بظنه الحل، والله سبحانه أعلم. قوله: (وفي قتل أمة بزناها) هذا عندهما. وأما عند أبي يوسف: فعليه القيمة لا الحد، لأنه لم يبق زنا حيث اتصل بالموت كما في المحيط. قهستاني.

قلت: وصحح في الخانية قول أبي يوسف، لكن المتون والشروح على الأول، بل ما ذكر عن أبي يوسف هو رواية عنه لا قوله، وهي خلاف ظاهر الرواية عنه كما أوضحه في الفتح. قوله: (الحد بالزنا والقيمة بالقتل) أشار إلى توجيه وجوب الحد والقيمة بأنهما جنايتان مختلفتان بموجبين مختلفين ط. قوله: (ولو أذهب عينها) كذا في البحر وغيره، والأظهر عينيها بالتثنية ليلزم كل القيمة لكنه مفرد مضاف فيعم بقرينة قوله الجثة العمياء. قوله: (فأورث شبهة) أي في ملك المنافع تبعاً فيندرىء عنه الحد، بخلاف ما مر، فإن الجثة فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت، وتمامه في الفتح. قوله: (وتفصيل ما لو أفضاها في الشرح) أي شرح المصنف.

وحاصله أنه إن أفضاها وهي كبيرة مطاوعة بلا دعوى شبهة حد، ولا عقر عليه لرضاها به، ولا مهر لوجوب الحد، وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد ويجب العقر، وإن كانت مكرهة ولم يدع شبهة لزمه الحد لا المهر، وضمن ثلث الدية إن استمسك بولها، وإلا تكاملها لتفويته جنس المنفعة على الكمال، وإن ادعى شبهة فلا حد، ثم إن استمسك فعليه ثلث الدية، ويجب المهر في ظاهر الرواية، وإن لم يستمسك فكل الدية ولا مهر، خلافاً لمحمد. وإن أفضاها وهي صغيرة، فإن كان يجامع مثلها فكالكبيرة، إلا في حق سقوط الأرش برضاها، وإلا فلا حد ولزمه ثلث الدية والمهر كاملاً إن استمسك بولها، وإلا فكل الدية دون المهر، خلافاً لمحمد لدخول ضمان الجزء لضمان الكل، كما لو قطع أصبع إنسان ثم كفه قبل البرء اهـ. قوله: (فلا حد عليه اتفاقاً) لأنه ملكها بالضمان فأورث شبهة في ملك المنافع أخذاً مما مر، وهذا إذا لم تمت.

ففي الجوهرة: ولو غصب أمة فزنى بها فماتت من ذلك أو غصب حرة ثيباً فزنى بها فماتت من ذلك. قال أبو حنيفة: عليه الحد في الوجهين مع دية الحرة وقيمة الأمة، أما الحرة فلا إشكال فيها لأنها لا تملك بدفع الدية، وأما الأمة فإنها تملك بالقيمة، إلا أن الضمان وجب بعد الموت والميت لا يصلح تملكه. قوله: (كما لو زنى بحرة) تقدمت

لا يسقط الحد اتفاقاً. فتح.

(والخليفة) الذي لا والي فوقه (يؤخذ بالقصاص والأموال) لأنهما من حقوق العباد، فيستوفيه ولي الحق، إما بتمكينه أو بمنعة المسلمين، وبه علم أن القضاء ليس بشرط لاستيفاء القصاص والأموال بل للتمكين. فتح (ولا يحد) ولو لقذف لغلبة حق الله تعالى وإقامته إليه ولا ولاية لأحد عليه (بخلاف أمير البلدة) فإنه يحد بأمر الإمام، والله أعلم.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا

(شهدوا بحد متقادم بلا عذر) كمرض أو بعد مسافة أو خوف

مثناً في الباب السابق عند قوله وندب تلقينه. قوله: (لا يسقط الحد) أي في المسألتين لعدم الشبهة وقت الفعل كما ذكره الشارح هناك. وقوله «اتفاقاً» ذكره في الفتح عن جامع قاضيخان في المسألة الأخيرة، وقدم الشارح أنه الأصح، ومفاده الخلاف. وذكر في البحر عن المحيط: لو تزوج المزني بها أو اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لأنه لا شبهة له وقت الفعل اهـ. ثم ذكر في أول هذا الباب عن الظهيرية خلافاً في المسألتين، هو أنه لا حد فيهما عنده بل عند أبي يوسف. وروى الخلاف بالعكس. وروى الحسن عن الإمام أنه لا حد في الشراء بل في التزوج، لأنه بالشراء يملك عينها، بخلاف التزوج.

قلت: ومسألة الغصب الثانية التي ذكرها المصنف توافق ظاهر الرواية. قوله: (إما بتمكينه) أي تمكين الخليفة ولي الحق من الاستيفاء. قوله: (وبه علم الخ) لأنه لم يشترط القضاء هنا، فلو قتل الولي القاتل قبل القضاء لم يضمن وكذا لو أخذ ماله من غاصبه، بخلاف ما لو قتل أحد الزاني قبل القضاء برجمه فإنه يضمن كما مر، لأن القضاء شرطه. قوله: (ولا ولاية لأحد عليه) أي ليستوفيه.

وفائدة الإيجاب الاستيفاء، فإذا تعذر لم يجب. وأورد عليه ما المانع من أن يولي غيره الحكم بما يثبت عنده كما في الأموال، قيل ولا مخلص إلا إن ادعى أن قوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوا۟﴾ [النور: ٢] يفهم أن الخطاب للإمام أن يجلد غيره، وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة. فتح. والله سبحانه أعلم.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

تقدم أن الزنا يثبت بالإقرار والبينة، وقدم كيفية ثبوته بالأول، لأن الثاني أندر لندرة تحقيق شروطه. وأيضاً لم يثبت عنده ﷺ ولا عند أصحابه بعده إلا بالإقرار كما في الفتح. قوله: (شهدوا بحد متقادم) أي بسبب حد لأنه المشهود به لا نفس الحد اهـ ح.

طريق (لم تقبل) للتهمة (إلا في حد القذف) إذ فيه حق العبد (ويضمن المال المسروق) لأنه حق العبد فلا يسقط بالتقادم (ولو أقرّ به) أي بالحدّ (مع التقادم حدّ) لانتفاء التهمة (إلا في الشرب) كما سيجيء (وتقادمه بزوال الريح، ولغيره بمضي شهر) هو الأصح.

أي نفي التعبير تساهل كما في الفتح. قوله: (للتهمة) لأن الشاهد مخير بين أداء الشهادة والستر، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعده لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان لا للستر يصير فاسقاً آثماً فتيقنا بالمانع، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه. هداية. وأورد على قوله يصير فاسقاً بأن ذلك لو كان الأداء واجباً، وليس كذلك، إلا أن يجاب بأن سقوط الوجوب لأجل الستر فإذا أدى لم يوجد موضع الرخصة المسقطة للوجوب. تأمل. قوله: (إذ فيه حق العبد الخ) أي وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى اهـ ح.

قال في الهداية: فحدّ الزنا والشرب والسرقة خالص حقه تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعاً. وحد القذف فيه حق العبد، لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، ولأن الدعوى فيه شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم، بخلاف السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حقه تعالى على ما مر، وإنما تشترط للمال. هداية.

وحاصله أن في السرقة أمرين: الحد والمال، وإنما تشترط الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد، ولذا ثبت المال بها بعد التقادم لأنه لا يبطل به، بخلاف الحد. قوله: (ويضمن المال الخ) عطف على قوله «لم تقبل» قال في البحر: وقولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم مع التقادم مشكل، لأنه لا شهادة للمتهم ولو بالمال، إلا أن يقال: إنها غير محققة، وإنما الموجود الشبهة اهـ: أي إنما سقط الحد لاحتمال العداوة، وذلك غير محقق لكنه يصير شبهة يسقط بها الحد دون المال. قوله: (لأنه حق العبد) ولأن تأخير الشهادة لتأخير الدعوى لا يوجب فسقاً، وينبغي أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضاً كما في الفتح. نهر. قوله: (لانتفاء التهمة) لأن الإنسان لا يعادي نفسه كما مر. قوله: (إلا في الشرب) فإن التقادم فيه يبطل الإقرار عند أبي حنيفة وأبي يوسف. بحر عن غاية البيان. وأما عند محمد فلا يبطله، وسيجيء تصحيحه في بابه. قوله: (هو الأصح) اعلم أن التقادم عند الإمام مفوض إلى رأي القاضي في كل عصر، لكن الأصح ما عن محمد أنه مقدر بشهر، وهو مروي عنهما أيضاً. وقد اعتبره محمد في شرب الخمر أيضاً، وعندهما: هو

(ولو شهدوا بزنا متقادم حدّ الشهود عند البعض، وقيل لا) كذا في الخانية.

(شهدوا على زناه بغائبة حدّ، ولو على سرقة من غائب لا) لشرطية الدعوى في السرقة دون الزنا.

(أقرّ بالزنا بمجهولة حدّ، وإن شهدوا عليه بذلك لا) لاحتمال أنها امرأته أو أمته **(لاختلافهم في طوعها أو في البلد؛**

مقدر بزوال الرائحة، وجزم به في الكنز في بابه، فظاهره كغيره أنه المختار. فعلم أن الأصح اعتبار الشهر إلا في الشرب. بحر. وبه ظهر أن ما ذكره المصنف ليس قول محمد على إطلاقه، بل هو ماش على قولهما في الشرب، وعلى قول محمد في غيره، فافهم. قوله: **(وقيل لا)** أقول هذا هو المذهب، لأنه هو المذكور في كافي الحاكم الشهيد، حيث قال: وإذا شهد الشهود على رجل بزنا قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم اهـ. ولذا قال الكرخي: إنه الظاهر: أي ظاهر الرواية. وعلله في العناية بأن عددهم متكامل وأهلية الشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفاً. قوله: **(بغائبة)** أي والشهود يعرفونها، إذ لا حدّ عليه بعدم معرفتها كما يأتي. شرنبلالية. قوله: **(ولو على سرقة)** مثله القذف كما يشير إليه تعليله ح. قوله: **(لشرطية الدعوى الخ)** أي أنها شرط للعمل بالبينة، لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه فلا تقبل بلا دعوى، وليست شرطاً لثبوت الزنا عند القاضي، ولا يقال: يحتمل أن الغائبة لو حضرت تدعي النكاح فيسقط الحد. لأنا نقول: دعواها النكاح شبهة واحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر، وإلا أدى إلى نفي كل حد لأن ثبوته بالبينة أو الإقرار، ويحتمل أن يرجع المقر أو الشهود، وذلك لا يعتبر، لأن نفس هذا الرجوع شبهة واحتماله شبهة الشبهة. أفاده في الفتح. قوله: **(حدّ)** لأنه لا يخفى عليه من له فيها شبهة فإنه كما لا يقرّ على نفسه كاذباً لا يقر على نفسه حال الاشتباه، فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه، وصار معنى قوله لم أعرفها: أي باسمها ونسبها، ولكن علمت بأنها أجنبية، فكان هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من تشتبه عليه فلا يكون قول الشاهد لا أعرفها موجباً للحد: فتح. قوله: **(لاحتمال أنها امرأته أو أمته)** لو قال لاحتمال أن يكون له فيها شبهة لكان أعم اهـ ح. وفي كافي الحاكم: وإن قال المشهود عليه إن التي رأوها معي ليست لي بامرأة ولا خادم لم يحد أيضاً لتصور أن يكون أمة ابنه أو منكوحته نكاحاً فاسداً. بحر. قوله: **(كاختلافهم في طوعها)** بأن شهد اثنان أنه أكرهها وآخران أنها طاوعته لم يحدا عنده، وقالا: يحد الرجل لاتفاقهم على أنه زنى، وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهي الإكراه، وله أنه زناءان مختلفان لم يكمل في كل نصاب، لأن زناها طوعاً غير مكرهة فلا حد، ولأن الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في

ولو) كان **(على كل زنا أربعة)** لكذب أحد الفريقين: يعني إن ذكروا وقتاً واحداً وتباعد المكانان وإلا قبلت. فتح **(ولو اختلفوا في)** زاويتي **(بيت واحد صغير جداً)** أي الرجل والمرأة استحساناً لإمكان التوفيق.

(ولو شهدوا على زناها و) لكن **(هي بكر)** أو رتقاء أو قرناء **(أو هم فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن)** وصلية **(شهد الأصول)** بعد ذلك **(لم يحد أحد)**

كل نصاب. ثم إن اتفاق الشهود على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفاً، وتمامه في الزيلعي. قوله: **(ولو على كل زنا أربعة)** راجع لقوله (أو في البلدة كما اقتضاه كلام الشراح في تصويرهم المسألة وتعليلهم بامتناع فعل واحد في ساعة واحدة في مكانين متباينين فتيقنا بكذب أحد الفريقين. وظاهره أنه لو شهد أربعة بالطوع وأربعة بالإكراه بعدادنا، وبه جزم عزمي مسكين معللاً بعدم التيقن بكذب أحد الفريقين حيث لم يذكروا وقتاً واحداً، وجزم ح بأن لا حد لما مر أول الباب السابق من أن الحد يسقط في دعوى الإكراه إذا برهن. قال: ومعلوم أن ذلك بعد ثبوت الحد عليه بالبينة، والبينة المثبتة للحد لا بد وأن تشهد بالطوع اهـ.

قلت: هذا إنما يظهر إذا ذكروا وقتاً واحداً، وإلا فيمكن حمله على فعلين: أحدهما بالإكراه، والآخر بالطوع. وأما ما مر في الباب السابق فهو فيما إذا شهد أربعة على زناه طوعاً وأقام شاهدين على الإكراه في ذلك الفعل بعينه لا مطلقاً فيندرىء الحد عنه للشبهة، فافهم، والله سبحانه أعلم. قوله: **(وإلا)** بأن اتحد الوقت وتقارب المكانان، أو اختلف الوقت وتباعد المكانان، أو تقاربا. ح. قوله: **(في زاويتي بيت)** أي جانبيه. قوله: **(لإمكان التوفيق)** بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في أخرى بالاضطراب والحركة. بحر. لا يقال: هذا توفيق لإقامة الحد والواجب درؤه بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل، إذ لو شهد أربعة تبلوا مع احتمال شهادة كل منهم في وقت آخر، وقبولهم مبني على الاتحاد وإن لم ينصوا عليه. أفاده في الفتح. قوله: **(ولكن هي بكر)** إقحام الشارح لفظة الكن» غير ظاهر، لأن الواو في كلام المصنف واو الحال، والجملة حالية، وكذا قوله بعده «ولكن هم عميان» كما أفاده ط. قوله: **(لم يحد أحد)** أي من الشهود والمشهود عليهما في المسائل الثلاث.

أما الأولى: فلأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ونحوه فلا يحدان لظهور الكذب، ولا الشهود لأن ثبوت البكارة ونحوها بقول امرأة أو أكثر حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه.

وأما الثانية: فلم يحد لاشتراط العدالة لثبوت الزنا، ولا الشهود، سواء علم فسقهم في الابتداء أو ظهر بعده، لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه

وكذا لو شهدوا على زناه فوجد مجبوباً.

(ولو شهدوا بالزنا و) لكن (هم عميان أو محدودون في قذف أو ثلاثة أو أحدهم محدود أو عبد أو وجد أحدهم كذلك بعد إقامة الحد حدوا) للقذف إن طلبه المقذوف (وأرش جلده) وإن مات منه (هدر) خلافاً لهما (ودية رجمه في بيت المال اتفاقاً) ويحد من رجع من الأربعة (بعد الرجم فقط) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفاً (وغرم ربع الدية،

نوع قصور لتهمة الفسق، ولذا لو قضى بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فسقط الحد عنهم، ولذا لا يحد القاذف لو أقام أربعة من الفساق على زنا المقذوف.

وأما الثالثة: فلأن الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود لزيادة الشبهة باحتمال الكذب في موضعين في الأصول وفي الفروع، ولا يحد الفروع لأن الحاكي للقذف غير قاذف وكذا الأصول بالأولى، ولو شهدوا بعد الفروع لرد شهادتهم من وجه برد شهادة الفروع اهـ. ملخصاً من البحر. قوله: (فوجد مجبوباً) وجه عدم حد الشهود ثم يؤخذ مما عللوا به أيضاً في البكارة والرتق وهو تكامل عددهم ولفظ الشهادة، ثم رأيته كذلك في الدرر، فافهم. وأيضاً سيأتي أن المجبوب لا حد على قاذفه، وبه علل المسألة هنا الحاكم في الكافي. قوله: (عميان) أي أو عبيداً أو صبيان أو عاتين أو كفاراً. نهر. قوله: (حدوا للقذف) أي دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب فلا يثبت الزنا. قوله: (وأرش جلده) أي إذا كان جرحه الجلد كما في الهداية. قوله: (خلافاً لهما) حيث قال: إن الأرش في بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد للقاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم. وله أن الفعل الجارح لا ينتقل للقاضي لأنه لم يأمر به فيقتصر على الجلاد، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة. ابن كمال.

وعلى هذا الخلاف إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده. وعندهما يضمنون، وتمامه في الهداية والنهر. وفي العزمية عن بعض شروح الهداية: ومعرفة الأرش أن يقوّم المحدود عبداً سليماً من هذا الأثر فينظر ما ينقص به القيمة: ينقص من الدية بمثله اهـ.

قلت: لكن قوله «ينقص من الدية بمثله» لا محل له، بل الظاهر أن يقال: فينظر ما ينقص به القيمة يؤخذ من الشهود. وبيانه أنه لو فرض أن قيمته سليماً ألف وقيمته بهذه الجراحة تسعمائة تكون الجراحة نقصته مائة هي الأرش فيرجع على الشهود بها. قوله: (فقط) قيد لقوله: «ويحد من رجع» أي يحد الراجع فقط حد القذف دون الباقين لبقاء شهادتهم. قوله: (وغرم ربع الدية) لأن التالف بشهادته ربع الحق، وكذا لو رجع الكل حدوا وغرموا الدية. نهر. وقول البحر: وغرموا ربع الدية صوابه جميع الدية كما قاله

و) إن رجع (قبله) أي الرجم (حدوا) للقذف (ولا رجم) لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود.

(ولا شيء على خامس) رجع بعد الرجم (فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) ولو رجع الثالث ضمن الربع، ولو رجع الخمسة ضمنوها أخماساً. حاوي.

(وضمن المزكي دية المرجوم إن ظهروا) غير أهل للشهادة (عبيداً أو كفاراً) وهذا إذا أخبر المزكي بحرية الشهود وإسلامهم ثم رجع قائلاً تعمدت الكذب،

للرملي. قوله: (وإن رجع قبله) أي الرجم سواء كان قبل القضاء أو بعده. نهر. قوله: (حدوا للقذف) أي حد الشهود كلهم. أما إذا كان قبل القضاء فهو قول علمائنا الثلاثة لأنهم صاروا قذفة. ط. أما بعده فهو قولهما وقال محمد. يحد الراجع فقط لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا في حق الراجع. ولهما أن الإمضاء من القضاء، ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه. نهر. قوله: (لأن الإمضاء الخ) هذا التعليل فيما إذا كان الرجوع بعد القضاء واقتصر عليه لعدم الخلاف عند الثلاثة فيما قبله، فافهم. ومعناه أن إمضاء الحد من تمام القضاء به.

وثمرته تظهر أيضاً فيما إذا اعترضت أسباب الجرح أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي كما في المعراج. قوله: (حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم في حقهما. وأما الغرم فلأن المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع. وقد بقي من يبقى ببقائه ثلاثة أرباع الدية فيلزمهما الربع. فإن قيل: الأول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره؟ قلنا: وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه وإتلافه بشهادته، وإنما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق، فإذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب. ح عن الزيلعي. قوله: (ولو رجع الثالث ضمن الربع) وكذا الثاني والأول. بحر عن الحاوي القدسي. قوله: (ولو رجع الخمسة) أي معاً لا مرتباً. قوله: (وضمن المزكي) أفرده لأنه لا يشترط العدد في التزكية كما في الفتح: أي ضمن من زكى شهود الزنا إذا رجع عن التزكية وتؤخذ الدية من ماله لا من بيت المال، خلافاً لهما، لأن الشهادة إنما تصير حجة بالتزكية فكانت في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها، بخلاف شهود الإحصان إذا رجعوا لأنه محض الشرط. قوله: (إن ظهروا) أي شهود الزنا. قوله: (عبيداً أو كفاراً) بيان لقوله: «غير أهل» أشار به إلى أن المراد به كونهم غير أهل للأداء وإن كانوا أهلاً للتحمل. قوله: (وهذا الخ) تورك على المصنف حيث ترك كالكنز قيد الرجوع أخذاً بظاهر كلام المنظومة، وقد حقق المقام في الفتح، فراجعه. قوله: (بحرية الشهود وإسلامهم) أي وعدالتهم، وقيد بالإخبار بذلك ليكون تزكية سواء كان بلفظ الشهادة أو

وإلا فالدية في بيت المال اتفاقاً، ولا يحدون للقذف لأنه لا يورث. بحر (كما لو قتل من أمر برجمه) بعد التزكية (فظهروا كذلك غير أهل) فإن القاتل يضمن الدية استحساناً لشبهة صحة القضاء. فلو قتله قبل الأمر أو بعده قبل التزكية اقتص منه كما يقتص بقتل المقضي بقتله قصاصاً ظهر الشهود عبيداً أو لا، لأن الاستيفاء

بلفظ الإخبار، لأنه لو أخبر بأنهم عدول ثم ظهروا عبيداً لم يضمن اتفاقاً لأنها ليست تزكية، والقاضي قد أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر. بحر. قوله: (وإلا) أي وإن لم يرجع بل استمر على تزكيته قائلاً هم أحرار مسلمون، وكذا لو قال أخطأت. فتح. قوله: (ولا يحدون) أي الشهود، وكذا لا يضمنون. بحر. قوله: (لأنه لا يورث) لأنهم قذفوا حياً وقد مات فلا يورث كما في الفتح.

قلت: ولا يرد عليه المسألة المتقدمة، وهي ما إذا رجع أحد الأربعة بعد الرجم لما مر من انقلاب شهادته بالرجوع قذفاً: أي لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة ثم انفسخت فصارت قذفاً للحال كما حققه في الفتح هناك. قوله: (كما لو قتل الخ) هكذا عبر في الدرر.

واعترض بأنه يوهم أن الضامن هو المزكي. وليس كذلك بل هو القاتل، فالتشبيه بين الضمانين فقط لا مع ما أسند إليهما. والأوضح قول الوقاية ضمن الدية: من قتل المأمور برجمه أو زكى شهود زناه فظهروا عبيداً أو كفاراً اهـ. قوله: (بعد التزكية) قيد به لأن المراد بالأمر هو الكامل، وهو أن يكون بعد استيفاء ما لا بد منه نهر، ويأتي محترزه. قوله: (فظهروا كذلك) أما لو لم يظهروا كذلك فلا شيء على القاتل لكنه يعزر لافتياته على الإمام. بحر عن الفتح. وقدمه الشارح أول الحدود عن النهر بحثاً. قوله: (غير أهل) بدل من قوله «كذلك». قوله: (يضمن الدية) أي في ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد، وتجب في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل فيجب مؤجلاً كالدية. فتح. قوله. (استحساناً) والقياس وجوب القصاص لأنه قتل نفساً معصومة الدم عمداً بفعل لم يؤمر به، إذ المأمور به الرجم فلا يصير فعله منقولاً إلى القضاء. قوله: (لشبهة صحة القضاء) أي ظاهراً لأنه حين قتله كان القضاء بالرجم صحيحاً ظاهراً فأورث شبهة الإباحة. قوله: (قبل الأمر) أي قبل القضاء بالرجم كما عبر في الفتح، لأن المراد بالأمر الكامل كما مر. قوله: (أو بعده) أي بعد الأمر قبل التزكية خطأ من القاضي. بحر. قوله: (اقتص منه) أي في العمد ووجب في الخطإ الدية على عاقلته في ثلاث سنين. بحر. قوله: (كما يقتص الخ) التشبيه من حيث وجوب القصاص فقط. وأفاد الفرق بين المسألتين من حيث وجوب القصاص هنا وإن لم يظهر الشهود عبيداً، وذلك أن المقضي بقتله قصاصاً حق الاستيفاء منه للولي، بخلاف المقضي برجمه. قوله:

للولي. زيلعي من الردة (وإن رجم ولم يزك) الشهود (فوجدوا عبيداً فديته في بيت المال) لامتثاله أمر الإمام فنقل فعله إليه (وإن قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت) لإباحته لتحمل الشهادة (إلا إذا قالوا) تعمدناه (للتلذذ فلا) تقبل لفسقهم فتح (وإن أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه) قبل الزنا. نهر

(زيلعي من الردة) أي من باب الردة وهذا العزو كذلك وقع في البحر، وعزاه في النهر إلى الزيلعي من الدية. قوله: (وإن رجم) بالبناء للمفعول: أي من أمر القاضي برجمه لو رجمه أحد غيره. (فديته في بيت المال) قال في البحر: لم أر هل الدية تؤخذ حالاً أو مؤجلة. قوله: (فنقل فعله إليه) أي إلى الإمام، لأن الراجم فعل ما أمره به وقد ظهر عدم صحة الأمر فنقل فعله إلى الإمام وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم، بخلاف ما إذا قتله بغير الرجم، لأنه لم يأتمر أمره فلم ينقل فعله إليه، كما أفاده في الفتح.

مَطْلَبٌ: المَوَاضِعُ الَّتِي يَحِلُّ فِيهَا النَّظَرُ إِلَى عَوْرَةِ الأَجْنَبِيِّ

قوله: (لإباحته لتحمل الشهادة) ومثله نظر القابلة والخافضة والختان والطبيب. وزاد في الخلاصة: من مواضع حل النظر للعورة عند الحاجة: الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب. فتح.

قلت: وكذا لو ادعى الزاني بكارتها، ونظمتها بقولي. [الوافر]

وَلا تَنْظُرْ لِعَوْرَةِ أَجْنَبِيٍّ ... بِلا عُذْرٍ كَقَابِلَةٍ طَبِيبِ
وَخَتَّانٍ وَخَافِضَةٍ وَحُقْنٍ ... شُهُودِ زِنًا بِلا قَصْدٍ مُرِيبِ
وَعِلْمِ بَكَارَةٍ فِي عُنَّةٍ أَوْ ... زِنًا أَوْ حِينَ رَدٍّ بِالْمَعِيبِ

قوله: (وإن أنكر الإحصان) أي اجتماع شرائطه المتقدمة، كأن أنكر النكاح والدخول فيه والحرية. قوله: (فشهد عليه رجل وامرأتان) أشار به إلى أنه يقبل شهادة النساء في الإحصان عندنا، وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة. وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها. ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما، لأنه متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع. وقال محمد: لا يكتفي، وتمامه في الزيلعي والفتح. قوله: (أو ولدت زوجته منه) أي إذا ولدت في مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئاً شرعاً، لأن الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول به ولهذا يعقب الرجعة. زيلعي.

قلت: ظاهره ثبوت الإحصان ولو كان ثبوت النسب بحكم الفراش كتزوج مشرقي بمغربية، وفيه نظر، لكن في الفتح أن الفرض أنهما مقران بالولد، ومثله في شرح الشلبي. تأمل. قوله: (قبل الزنا) متعلق بولدت. والظاهر أنه غير قيد كما يعلم من تعليل الزيلعي المذكور آنفاً، حتى لو ولدت بعد الزنا لدون ستة أشهر يثبت نسبه ويعلم أنه وقت

(رجم. ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت فهو محصن) بإقراره (دونها) لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة (كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة) فيرجم المحصن ويجلد غيره، وبه استغني عما يوجد في بعض نسخ المتن من قوله (إذا كان أحد الزانيين محصناً يحد كل واحد منهما حده) فتأمل.

(تزوج بلا ولي فدخل بها لا يكون محصناً عند الثاني) لشبهة الخلاف. نهر. والله أعلم.

باب حد الشرب المحرم

(يحد مسلم) فلو ارتد فسكر فأسلم لا يحد لأنه لا يقام على الكفار.

الزنا كان واطئاً لزوجته. تأمل. قوله: (فهو محصن بإقراره) أي مؤاخذة له بإقراره، فلا يقال: إنها بإنكارها الوطء لم تصر محصنة فلا يكون هو محصناً أيضاً. قوله: (وبه استغني الخ) وجه الاستغناء أنه إذا كان أحدهما محصناً دون الآخر علم أن كل واحد منهما إذا زنى يحد بما يستوجبه، فالمحصن يرجم وغيره يجلد كما أفاده التفريع: نعم ما في بعض النسخ أعم، لأنه يشمل ما لو كان عدم إحصان أحدهما بكارته، ولعله أشار إلى هذا بقوله فتأمل.

لا يقال: ما في بعض النسخ غير صحيح كما توهم، لأن شرط الرجم إحصان كل رلم يوجد. لأنا نقول: شرط الرجم إحصان كل من الزوجين لا الزانيين، فيرجم من زنى بامرأة إذا كان فيه شروط الإحصان التي منها دخوله بامرأة محصنة مثله. وأما المرأة المزني بها فلا يشترط لرجمه أن تكون محصنة، بل إحصانها شرط لرجمها هي، فإن كانت محصنة مثله رجمت معه، وإلا جلدت، وهذا ظاهر نبهنا عليه عند الإحصان أيضاً، فافهم.

والحاصل أن الزانيين إما محصنان فيرجمان، أو غير محصنين فيجلدان، أو مختلفان فيرجم المحصن ويجلد غيره. قوله: (لشبهة الخلاف) أي خلاف العلماء والأخبار في صحته فلم تكن صحته قطعية، وهذه المسألة نقلها في البحر عن المحيط كذلك، فيحتمل أن يكون إسنادها إلى أبي يوسف لكونه هو الذي خرجها، لا لكون غيره قائلاً بخلافه، ويحتمل أن يكون فيها خلافهما، والأول أظهر لعدم ذكر المخالف. تأمل. والله سبحانه أعلم.

باب حد الشرب

أخره عن الزنا لأن الزنا أقبح منه وأغلظ عقوبة، وقدمه على حد القذف لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه، وتأخير حد السرقة لأنه لصيانة الأموال التابعة للنفوس. بحر. قوله: (فلو ارتد فسكر الخ) أقول: ذكر في النهر المنتقى أن المرتد لا يحد للشرب سواء شرب قبل ردته أو فيها فأسلم بعد. ومثله في كافي الحاكم، وسيذكر الشارح في حد القذف عن السراجية لو اعتقد الذمي حرمة الخمر فهو كالمسلم: أي فيحد. قوله: (لأنه لا يقام على الكفار) يعني أنه لما شرب في ردته ثم

ظهيرية. لكن في منية المفتي: سكر الذمي من الحرام حد في الأصح لحرمة السكر في كل ملة (ناطق) فلا يحد أخرس للشبهة (مكلف) طائع غير مضطر (شرب الخمر)[1] ولو قطرة)

يكن أهلاً لقيام حد الشرب عليه لأنه لا يقام على الكفار، وإذا كان وقت الشرب غير موجب للحد لا يحد بعد الإسلام، بخلاف ما إذا زنى أو سرق ثم أسلم فإنه يحد له لوجوبه قبله كما يفيده ما في البحر عن الظهيرية، فافهم. قوله: (حد في الأصح) أفتى به الحسن، واستحسنه بعض المشايخ. والمذهب أنه إذا شرب الخمر وسكر منه أنه لا يحد كما في النهر عن فتاوى قارئ الهداية، ومشى في المنظومة المحبية على الأول كما ذكره الشارح في الدر المنتقى.

قلت: وعبارة الحاكم في الكافي من الأشربة: ولا حد على الذمي في الشراب اهـ. ولم يحك فيه خلافاً وهو بإطلاقه يشمل ما لو سكر منه. قوله: (لحرمة السكر في كل ملة) هذا ذكره قارئ الهداية.

قلت: وفيه نظر، فإن الخمر لم تكن محرمة في صدر الإسلام[2]، وقد كان الصحابة يشربونها وربما سكروا منها كما جاء صريحاً. فمن ذلك ما في الفتح عن الترمذي عن علي رضي الله تعالى عنه قال: صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فدعانا وسقانا من الخمر، فأخذت الخمر منا، وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت: (قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون. ونحن نعبد ما تعبدون) قال: فأنزل الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء: ٤٣] الآية اهـ. فلو كان السكر حراماً لزم تفسيق الصحابة. ثم رأيت في تحفة ابن حجر قال: وشربها المسلمون أول الإسلام، قيل اجتهاداً والأصح أنه بوحي، ثم قيل المباح الشرب لا غيبة العقل لأنه حرام في كل ملة. وزيفه المصنف يعني النووي، وعليه فالمراد بقولهم بحرمته في كل ملة أنه باعتبار ما استقر عليه أمر ملتنا اهـ. وهذا مؤيد لما بحثته، لكن في جوابه الأخير نظر. قوله: (فلا يحد أخرس) سواء شهد الشهود عليه أو أشار بإشارته المعهودة. وأفاد أن الأعمى يحد كما في البحر. قوله: (للشبهة) لأنه لو كان ناطقاً يحتمل أن يخبر بما لا يحد به كإكراه أو غص بلقمة. قال في البحر: ولو قال المشهود عليه بشرب الخمر: ظننتها لبناً أو لا أعلم أنها خمر لم يقبل، فإن قال ظننتها نبيذاً قبل، لأنه بعد الغليان والشدة يشارك الخمر في الذوق والرائحة. قوله: (طائع) مكرر مع قوله الآتي طوعاً ح. قوله: (غير مضطر) فلو شرب للعطش المهلك مقدار ما يرويه فسكر لم يحد لأنه بأمر مباح. وقالوا: لو شرب مقداره وزيادة ولم يسكر حد كما في حالة الاختيار. قهستاني. وبه صرح الحاكم في الكافي. قوله: (شرب الخمر)[1] هي النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد، فإن لم يقذف فليس

---

(١) لفظ الخمر في الأصل مصحح عن الشرب بحمرة [illegible]

. . . .

= (١) القول المأثور من أحكام الجمهور لحسين حسن ـ تفسير الحشر ج ٧ ص ١٥.

(٢) ذكر ابن إسحاق أن تحريم الخمر كان في وقعة بني النضير، وهي بعد أحد على الراجح، وذلك سنة أربع على الراجح. قال الحافظ ابن حجر في الفتح: وفيه نظر؛ لأن أنساً كان الساقي يوم حرمت، وأنه لما سمع المنادي بتحريمها بادر فأراقها، فلو كان سنة أربع لكان أنس يصغر عن ذلك.

وجزم الحافظ الدمياطي في سيرته بأن تحريمها كان سنة الحديبية، والحديبية كانت سنة ست من الهجرة؛ قال الحافظ ابن حجر ١٠/٣٣: والذي يظهر أن تحريمها كان عام الفتح، وكانت غزوة الفتح في رمضان سنة ثمان من الهجرة؛ لما روى أحمد من طريق عبد الرحمن بن أبي وعلة قال: سألت ابن عباس عن بيع الخمر فقال: كان لرسول الله ﷺ صديق من ثقيف، أو دوس، فلقيه يوم الفتح براوية خمر يهديها إليه فقال يا فلان: أما علمت أن الله حرمها، فأقبل الرجل على غلامه فقال: بعها، فقال: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها».

وأخرجه مسلم من وجه آخر عن أبي وعلة نحوه لكن ليس فيه تعيين الوقت، ويروى أحمد من طريق نافع بن كيسان الثقفي عن أبيه أنه كان يتجر في الخمر، وأنه أقبل من الشام فقال: يا رسول الله، إني جئتك بشراب جيد، فقال: «يا كيسان إنها حرمت بعدك» قال: أفلا أبيعها؟ قال: «إنها حرمت، وحرم ثمنها».

وروى أحمد وأبو يعلى من حديث تميم الداري أنه كان يهدي لرسول الله ﷺ كل عام راوية خمر، فلما كان عام الفتح جاءه براوية، فقال: «أشعرت أنها قد حرمت بعدك؟» قال: أفلا أبيعها وأنتفع بثمنها؟ فنهاه؛ قال الحافظ: ويستفاد من حديث كيسان تسمية المبهم في حديث ابن عباس، ومن حديث تميم تأييد الوقت المذكور، فإن إسلام تميم كان بعد الفتح.

ما هي دي النقول في وقت التحريم، والراجح أنه يمكن صحة هذه الأقوال كلها والجمع بينها، وذلك بأن يحمل ما ذكره ابن إسحاق على التحريم الظني أو القطعي بآية البقرة كما ذهب إليه البعض، أو يحمل على الذم والتنفير من شربها كما ذهب إليه الآخرون. وبأن يحمل ما جزم به الدمياطي على تحريم السكر في الأوقات القريبة من القيام إلى الصلاة بآية النساء، وبأن يحمل ما استظهره الحافظ على التحريم القطعي في كل الأوقات، وكان ذلك عام الفتح كما دلت على ذلك الروايات السالفة.

من رحمة الله تعالى الشاملة وحكمته البالغة أن اتخذ سنة التدرج في تشريع الأحكام، فهذه الصلاة لم يفرضها الله على العباد إلا قبل الهجرة بسنة ونصف سنة تقريباً، ثم فرض عليهم الزكاة والصوم في السنة الثانية من الهجرة، ولم يفرض عقد الأركان عليهم مرة واحدة بل فرضها عليهم بالتدرج.

كذلك الخمر لم يأمرهم الله بتركها بادئ الأمر، بل تركهم على شربها مدة مكث النبي عليه الصلاة والسلام بمكة، ولما هاجر إلى المدينة واستقر الإيمان في نفوس المسلمين أنزل الله في حقها ما أفاد ذمها والتنفير منها، وهو قوله جل ذكره: ﴿يسألونك عن الخمر﴾ الآية [البقرة ٢١٩] وتركهم الله على ذلك زمناً ظهر لهم فيه إثم الخمر وعظيم ضرره حتى على الصلاة التي فيها المناجاة لله؛ إذ كانوا يؤدونها وهم سكارى، فأنزل الله قوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ فترك المسلمون شربها قرب الصلاة، ثم تركهم الله على ذلك زمناً قوي فيه الدين، وكثرت الوقائع والشرور من جراء شربها حتى طلب الكثيرون منهم بإلحاح تحريمها، فأجابهم الله، وحرمها عليهم في كل الأوقات، وإنما اتخذ الله هذا السبيل في تحريم الخمر، لأنها كانت أحب الأمور إلى نفوس أكثر العرب حتى كانوا يستعظمون الصبر على كل شيء إلا على شرب الخمر، فقد كانوا مولعين بشربها شغوفين بحبها، وربما كان شغفهم بها عائقاً للكثير من شرابها عن الإسلام، روي أن الأعشى لما توجه إلى المدينة ليسلم لقيه بعض المشركين في الطريق فقالوا له: أين تذهب؟ فأخبرهم بأنه يريد محمداً ﷺ، فقالوا: لا تصل إليه، فإنه يأمرك بالصلاة فقال: إن خدمة الرب واجبة، فقالوا: إنه يأمرك بإعطاء المال إلى الفقراء، فقال: اصطناع المعروف واجب، فقالوا له: إنه ينهى عن الزنا، فقال: هو فحش وقبيح في العقل، وقد صرت شيخاً، فلا أحتاج إليه، فقالوا له: إنه ينهى عن شرب الخمر، فقال: أما هذا فإني لا أصبر عنه، فرجع، وقال: أشرب الخمر سنة ثم أرجع إليه فلم يصل =

= إلى منزله حتى سقط عن البعير فانكسرت عنقه، فمات.

= وفي القرطبي ٣/ ٥٦ قال بعض المفسرين: إن الله تعالى لم يدع شيئاً من الكرامة والبر إلا أعطاه هذه الأمة، ومن كرامته وإحسانه أنه لم يوجب عليهم الشرائع دفعة واحدة، ولكن أوجبها عليهم مرة بعد مرة، فكذلك تحريم الخمر، فآية البقرة أول ما نزل في أمرها ثم بعده ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾، ثم قوله: ﴿إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء﴾ [المائدة ٩١] الآية ثم قوله ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب﴾ [المائدة ٩٠].

وفي تفسير المنار: والحكمة في تحريم الخمر بالتدريج أن الناس كانوا مفتونين بها حتى أنها لو حرمت في أول الإسلام لكان تحريمها صارفاً لكثير من المدمنين لها عن الإسلام، بل عن النظر الصحيح المؤدي إلى الاهتداء لأنهم حينئذ كانوا ينظرون إليه بعين مسخط فيرونه بغير صورته الجميلة، فكان من لطف الله تعالى وبالغ حكمته أنه ذكرها في سورة البقرة بما يدل على تحريمها دلالة ظنية فيها مجال للاجتهاد ليتركها من لم يتمكن فتنتها من نفسه، وذكرها في سورة النساء بما يقتضي تحريمها في كل الأوقات القريبة من وقت الصلاة إذ نهى عن قرب الصلاة في حال السكر فلم يبق للمصر على شربها إلا الاغتباق بعد صلاة العشاء، وضرره قليل، وكذا الصبوح من بعد صلاة الفجر لمن لا عمل له ولا يخشى أن يمتد سكره إلى وقت الظهر، وقليل ما هم، ثم تركهم الله تعالى على هذه الحال زمناً قوي فيه الدين ورسخ اليقين، وكثرت الوقائع التي ظهر لهم بها إثم الخمر وضررها، ويؤيده كل ما ذكر في سبب النزول، أخرج ابن المنذر عن سعيد بن جبير قال: لما نزلت في البقرة ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس﴾ شربها قوم لقوله ﴿ومنافع للناس﴾، وتركها قوم لقوله تعالى ﴿إثم كبير﴾ منهم عثمان بن مظعون، حتى نزلت الآية التي في النساء: ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ فتركها قوم، وشربها قوم يتركونها بالنهار حين الصلاة، ويشربونها بالليل حتى نزلت الآية التي في المائدة ﴿إنما الخمر والميسر﴾ الآية قال عمر رضي الله عنه: أقرنت بالميسر والأنصاب والأزلام بعداً لك وسحقاً فتركها الناس.

(٣) قال الدكتور محمد جعفر في مذكرته تعبير الصحف، ص ٤٧: الخمور معروفة من قديم الزمان، وكانت تصنع على أنواع شتى، ولكن الأساس في صنعها كان ثابتاً واحداً، وهو إهمال خلاصة بعض المواد السكرية أو السكرية لتحولها إلى مادة الكحول، وثاني أكسيد الكربون والماء، والكحول هو الغول يقال غاله الشيء من باب قال، واغتاله إذا أخذه من حيث لم يدر، وقوله تعالى: ﴿لا فيها غول﴾ أي ليس فيها غائلة الصداع؛ لأنه قال في موضع آخر: ﴿لا يصدعون عنها﴾ وقال أبو عبيدة: الغول أن تغتال عقولهم.

أما الكحول فيبقى في السائل وإليه يرجع الأثر الفعلي في تخمير العقول واضمحلال الأجسام، وأما ثاني أكسيد الكربون فغاز يذوب بعضه ويخرج أغلبه على شكل فقاقيع تشبه الفقاقيع التي تنشأ من الغليان فتكون الزبد والرغوة، وأما الماء فيبقى مختلطاً بالسائل، وليس للأخيرين أهمية من ناحية تأثير الخمر، وسواء أعملت هذه الخمائر في السكر أو النشا الذي في المواد المحتوية لهاتين المادتين فالنتيجة النهائية واحدة هي تكوين الكحول، وثاني أكسيد الكربون والماء، لذلك قد تصنع الخمر من القمح أو الشعير أو الشوفان، أو التمر، أو البلح، أو العنب، أو القصب، أو البطاطس، أو الأرز، أو التين، أو السكر، أو العسل، أو اللبن، أو خلافها من النباتات والحبوب المحتوية على مادة السكر أو النشا، وإذاً فكل الخمور التي تنشأ عن تخمر هذه المواد متشابهة التركيب من حيث وجود مادة الكحول فيها فهي ضارة بالعقل والجسم بمقدار ما تحتويه من هذه المادة.

وتستحضر أنواع البيرة المختلفة والشعير والبوظة من تخمر الشعير أو القمح أو غيرها من الحبوب، وتحتوي هذه المشروبات عادة على نسبة صغيرة من الكحول تتراوح بين ١، ٦٪ في المائة في حالة البيرة والشعير، وبين ٦ إلى ٨ في المائة في البوظة أو البيرة المتخمرة، وتعطي هذه الخمور المسكرة بتركيز الكحول، وتعلو نسبته في المشروب فيتج الكونياك من النبيذ والويسكي من البيرة، والروم من متخلفات الأعشاب والنباتات السكرية، وهذه الأنواع الأخيرة تحتوي من ٤٠ إلى ٥٠ في المائة من الكحول. =

= وليست هذه المشروبات وحدها هي التي تسكر بل إن أي سائل يحتوي على الكحول يسبب نفس هذا التأثير، فمثلاً إذا شرب الإنسان الكحول غير النقي «أي السبرتو الأحمر المعدوم» سكر، وكذلك إذا شرب شيئاً من ماء الكولونيا؛ لأنها تحتوي على نسبة عالية من الكحول.

من هذا تبين أن العنصر الفعال في المشروبات الروحية إنما هو الكحول وأنه السبب في اضمحلال الأجسام والعقول، وأنه يوجد من تخمير أي مادة تحوي السكر أو النشا، أو من تخمير السكر أو النشا تحالس يقول الدكتور محمد عبد الحي وكيل جمعية منع المسكرات في محاضرة ألقاها سنة ١٩٢٦ ونشرت بمجلة الإسلام في عدة أعداد: «العنصر الفعال في الخمر هو الكحول، وقد استعملت الكلمة أحياناً عنده للدلالة على أي مسحوق ناعم، وأما دلالتها على العنصر الفعال في الخمر فقد كان ذلك حديثاً نسبياً فقد استعمل «بارسلس» «وليبنيس» الكلمة للدلالة على أي مسحوق، ثم استعملها الأول للدلالة على كل سائل طيار، والكحول سائل طيار لا لون له، ويدخل في جميع الأشربة الروحية بنسب مختلفة كالجدول الآتي

الويسكي من ٥١ إلى ٥٩ في المائة. الشمبانيا من ١٠ إلى ١٣ في المائة.
الروم من ٥١ إلى ٥٩ في المائة. النبيذ من ٢٠ إلى ٣٠ في المائة
الجن من ٥١ إلى ٥٩ في المائة. البيرة من ٢ إلى ٩ في المائة
الكونياك من ٣٩ إلى ٤٧ في المائة. البوظة والسوبيا من ٣ إلى ٨ في المائة.

وإذا ما نظرنا إلى ما أظهره الطب الحديث من اكتشاف مادة الكحول التي تلعب بعقول الشاربين وتنهك أجسامهم وتبلد مواهبهم، وتضيع أخلاقهم وكرامتهم، وإلى الأساس الأول الذي ترتكز عليه تلك المادة السامة في وجودها وهي النباتات أو الفواكه، أو الحبوب أو الأعشاب التي تحوي مادة السكر أو النشا، وما يلزم من ذلك، ويتبين ما بين الرسول عليه الصلاة والسلام تحريمه صراحة أو ضمناً وجدنا أن هذه المشروبات المعاصرة وغيرها مما يمكن أن يحدث، ويحوي مادة الكحول من مشمولات أدلة التحريم الواردة في تحريم الخمر وتحريم كل مسكر في الشريعة الإسلامية، فمن ذلك ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة وصححه ابن حبان من وجهين عن الشعبي أن النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الخمر من العصير والزبيب والتمر والحنطة والشعير والذرة، وإني أنهاكم عن كل مسكر» لفظ أبي داود، وكذا ابن حبان، وزاد فيه أن النعمان خطب الناس بالكوفة، ولأبي داود من وجه آخر عن الشعبي عن النعمان بلفظ «إن من العنب خمراً، وإن من التمر خمراً، وإن من العسل خمراً، وإن من البر خمراً، وإن من الشعير خمراً» ومن هذا الوجه أخرجها أصحاب السنن. والتي فيها الزبيب دون العسل.

ومنها ما رواه الشيخان وأحمد عن أبي موسى رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله أفتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع، وهو من العسل ينبذ حتى يشتد، والمزر وهو من الذرة والشعير ينبذ حتى يشتد، قال: وكان رسول الله ﷺ قد أعطي جوامع الكلم بخواتمه فقال: «كل مسكر حرام».

ومنها ما رواه مسلم وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام»

ومنها ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن عن عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام»

ومنها ما أخرجه الإمام أحمد من طريق مرثد بن عبد الله اليزني عن ديلم رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ قلت: يا رسول الله إنا بأرض باردة نعالج بها عملاً شديداً، وإنا نتخذ من هذا القمح شراباً نتقوى به على أعمالنا وعلى برد بلادنا، فقال الرسول ﷺ: «هل يسكر؟» قلت: نعم، قال: «فاجتنبوه» قال: قلت: إن الناس غير تاركيه، قال: «فإن لم يتركوه فقاتلوهم» فهذه الأحاديث الصحيحة الصريحة بين النبي ﷺ فيها الحدود التي اعتبر معها الخمر منها في عصره، وحكم عليها بحرمة شرب قليلها وكثيرها، ولو كان شربه للوقاية من برد أو بقصد التقوي على الضعف، استعداداً للقيام بالأعمال على وجه الدقة والإتقان

وعلم النبي ﷺ أنه سيحدث وجود من المواد الأخرى ما يحدث من شرب عصيرها أو نقيعها ذهاب –

«الرابع: ما روي عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير ألا تشربوا مسكرًا» رواه أحمد ومسلم.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الخليط إن كان الخليطان مما يبغي أحدهما على الآخر في الانتباذ عن شرب الخليط، وأمر بالانتباذ منفردًا والشرب منفردًا، والنهي حقيقة التحريم، والأمر حقيقة الوجوب، فكان مقتضى ذلك أن يحرم الخليط وشرب الخليط إلا أن ما ورد عنه ﷺ من الإذن في الشرب من الظروف ما لم تسكر ونهيه عن المسكر فحسب صارف لنا عن العمل بظاهر أحاديث النهي عن الخليطين خلطًا وشربًا جمعًا بين النصوص، وكان مقتضى الإذن في شرب غير المسكر أن يكون مباحًا مطلقًا منفردًا كان أو مخلوطًا إلا أنا كرهناه في الخليط لأحاديث النهي عن الخليطين جمعًا بين النصوص.

وقد تأكد هذا بالإجماع على عدم حرمة غير المسكر.

وأما وجهة الإمام الليث في التفرقة فهي أن اشتداد أحدهما بالآخر وقوته به لا تظهر إلا إذا جمع بينهما في الانتباذ.

قال الإمام النووي في شرح مسلم: هذه الأحاديث في النهي عن انتباذ الخليطين وشربهما وهما تمر وزبيب أو تمر ورطب أو تمر وبسر أو رطب وبسر أو زهو وواحد من هذه المذكورات ونحو ذلك، قال أصحابنا وغيرهم: سبب الكراهة فيه أن الإسكار يسرع إليه بسبب الخلط قبل أن يتغير طعمه فيظن الشارب أنه ليس مسكرًا ويكون مسكرًا، ومذهبنا ومذهب الجمهور أن هذا النهي لكراهة التنزيه، ولا يحرم ذلك ما لم يصر مسكرًا، وبهذا قال جماهير العلماء، وقال بعض المالكية: هو حرام، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية: لا كراهة فيه، ولا بأس به انتهى.

وأما الأثر فمنه ما رواه مسلم عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: قد نهي أن ينبذ البسر والرطب جميعًا والتمر والزبيب جميعًا.

وجه الدلالة: أن ابن عمر رضي الله عنه أخبر أنه قد نهي عن نبذ الخليطين، والنهي حقيقة التحريم إلا أنه صرف عن حقيقته بما عرفت من الأحاديث السابقة. وأما المعقول فقالوا: هذا شراب لم تحدث فيه شدة مطربة فلا يحرم كما إذا كان منفردًا.

واستدل الإمامان بالسنة والأثر والمعقول.

أما السنة فمنها ما يأتي:

«الأولى: ما رواه ابن ماجه عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: «كنا ننبذ لرسول الله ﷺ في سقاء فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية، وننبذه عشية فيشربه غدوة».

«الثاني: ما أخرجه أبو داود في سننه عن أبي بحر عبد الرحمن بن عثمان البكراوي عن عتاب بن عبد العزيز الحماني قال: حدثتني صفية بنت عطية قالت: دخلت مع نسوة من عبد القيس على عائشة فسألناها عن التمر والزبيب فقالت: كنت آخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فألقيه في إناء فأمرسه ثم أسقيه النبي ﷺ.

وجه الدلالة: أن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أخبرت بأنها كانت تنبذ لرسول الله عليه السلام شيئين في الإناء وأنه كان يشرب نبيذهما فدل ذلك على الإباحة إذ لو كان محظورًا لما فعل في بيته، ولو فعل لما شربه فشربه له دليل إباحته، لأنه لا يشرب الحرام، وأما النهي عن الخلط فقد كان أولاً حينما كان المسلمون في ضيق من العيش.

وأما الأثر فمنه ما يأتي

«الأول: ما رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن ابن زياد قال: «سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب».

وجه الدلالة: أن ابن عمر كانت منزلته في الزهد والورع والفقه بين الصحابة لا تجهل وقد قدم لزائره الخليط الذي أثر عليه فدل ذلك على إباحة الخليط إذ لو كان حرامًا لما قدمه له.

. . . .

قلت: علم بهذا أن المعتمد المفتى به أن العرق لم يخرج بالطبخ والتصعيد عن كونه خمراً فيحد بشرب قطرة منه وإن لم يسكر. وأما إذا سكر منه فلا شبهة في وجوب الحد به، وقد صرح في «منية المصلي» بنجاسته أيضاً فلا يغرنك ما أشاعه في زماننا بعض الفسقة المولعين بشربه من أنه طاهر حلال، كأنه قاله قياساً على ما قالوه في ماء الطابق: أي الغطاء من زجاج ونحوه فإنه قياس فاسد، لأن ذلك فيما لو أحرقت نجاسة في بيت فأصاب ماء الطابق ثوب إنسان لا ينجس قياساً لا استحساناً، ومثله حمام فيه نجاسات فعرق حيطانها وكواتها وتقاطر، فإن الاستحسان فيها عدم النجاسة للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه. والقياس النجاسة لانعقاده من عين النجاسة. ولا شك أن العرق المستقطر من الخمر هو عين الخمر تتصاعد مع الدخان وتقطر من الطابق بحيث لا يبقى منها إلا أجزاؤها الترابية، ولذا يفعل القليل منه في الإسكار أضعاف ما يفعله كثير الخمر، بخلاف المتصاعد من أرض الحمام ونحوه فإنه ماء أصابته نجاسة فخالط نجاسة، مع احتمال أن المتصاعد نفس الماء الطاهر. ويمكن أن يكون هذا وجه الاستحسان في طهارته، وعلى كل فلا ضرورة إلى استعمال العرق المصعد من نفس الخمر النجسة العين[4] ولا يطهر بذلك، وإلا لزم طهارة البول ونحوه إذا استقطر في إناء ولا يقول به

[illegible] بقرينة ما تقدم من أدلة الجمهور التي صرفت هذا النهي عن حقيقته إلى الكراهة. ولعلهما لم يطلعا عليها.

ورد على بعض [illegible] أن حمل علة النهي عن الخليط [illegible] بأنه لا [illegible] مع [illegible] ومن [illegible] يقتصر [illegible].

هذا ومع مخالفته لقول رسول الله ﷺ [illegible] أن رسول الله ﷺ [illegible] على صاحبه فقول رسول الله ﷺ [illegible] ولا [illegible] في الأمر في الانتباذ لا [illegible] أو كان بطريقة [illegible] والذي عليه الجمهور هو الأظهر من كراهة [illegible] الخليط إن كانت [illegible] في الانتباذ [illegible] فيغلب على صاحبه من حيث لا يشعر.

وهذا ما يستفاد من الأحاديث الصحيحة الواردة في النهي عن الخليط وشرب الخليطين ومن الأحاديث الصحيحة التي [illegible] في كل شراب ما لم يصل إلى حد الإسكار [illegible] «اشربوا ولا تشربوا مسكراً» [illegible] لأن كل [illegible] فالعلة [illegible] النهي [illegible] للكراهة كما أن [illegible] النهي [illegible] وكذلك [illegible] لأنه أخذ بعض الأدلة دون [illegible] بعضها مع [illegible] به الجمهور والله أعلم.

القول الثاني في أحكام الخمر [illegible] الأوطار ٨/[illegible]، الهداية [illegible]، المحلى [illegible].

(٤) اختلف فقهاء الإسلام في حكم نجاسة الخمر أو طهارته.

– فذهب الجمهور إلى نجاسة الخمر المتخذة من نيء عصير العنب المسكر، وذهب آخرون إلى طهارتها ذكر منهم النووي في المجموع وشرح مسلم ربيعة شيخ مالك، والليث بن سعد، والمزني، ونسبه الإسنوي في حاشية عميرة والقرطبي إلى المزني صاحب الشافعي وبعض المتأخرين من البغداديين والقرويين

استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول، والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ الآية

وجه الدلالة: أن الله تعالى سمى الخمر وما عطف عليها رجساً، والرجس النجس، وأمر باجتنابها مطلقاً، والقول بطهارتها ينافي الأمر المطلق باجتنابها

قال القرطبي: «فهم الجمهور من تحريم الخمر واستخباث الشرع لها وإطلاق الرجس عليها والأمر باجتنابها الحكم بنجاستها».

وقال ابن حجر الهيتمي: «الخمر المتخذة من عصير العنب نجسة؛ لأن الله تعالى سماها رجساً، والرجس شرعاً النجس، ولا يلزم من نجاستها نجاسة ما بعدها في الآية؛ لأن الرجس إما مشترك فيه والجمع بين الحقيقة والمجاز جائز، وعلى الشافعي، وهو ما عليه الأكثرون هو في غيره للمجاز أم حقيقة في غير الخمر؛ لأنه يطلق أيضاً على مطلق المستقذر، واستعمال المشترك في معانيه … القرينة كما في الآية».

وأما السنة فمنها ما يأتي:

«الأول»: ما رواه مسلم وأحمد والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان لرسول الله ﷺ صديق من ثقيف أو دوس فلقيه يوم الفتح براحلة أو راوية من خمر يهديها إليه فقال: يا فلان أما علمت أن الله حرمها؟ فأقبل الرجل على غلامه فقال: اذهب فبعها، فقال الرسول ﷺ: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها، فأمر بها فأفرغت في البطحاء».

«الثاني»: ما رواه الشيخان وأحمد عن أنس رضي الله عنه قال: كنت أسقي أبا عبيدة وأبي بن كعب من فضيخ زهو وتمر فجاءهم آت فقال: إن الخمر حرمت فقال أبو طلحة: قم يا أنس فأهرقها فأهرقتها»

وجه الدلالة: أن هؤلاء الصحابة أراقوا ما كان عندهم من الفضيخ حين علموا بتحريم الخمر، وعلم بذلك الرسول عليه الصلاة والسلام، وأقرهم على الإراقة بل أمرهم بها، فدل ذلك على نجاسة الخمر، إذ لو كانت طاهرة لنهاهم عن الإراقة لما فيها من تضييع المال المحرم إضاعته.

وأما الأثر فما رواه البيهقي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال: «لا يحل خل من خمر قد أفسدت حتى يبدأ الله إفسادها، فعند ذلك تطهر ويطيب خلها».

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب خطب الناس، وبين لهم أن خل الخمر لا يحل حتى يبدأ الله بإفسادها بدون تدخل لآدمي في الإفساد، وبعد ذلك تحل وتطهر، وهذا يشعر بأن الخمر قبل إفساد الله لها بالتخلل كانت نجسة،

وأما المعقول فمن وجوه:

«الأول»: قالوا: إنها محرمة العين، فتكون نجسة كالخنزير.

«الثاني»: قالوا: إنها محرمة العين، فكانت نجسة كالبول

«الثالث»: قالوا: إنها محرمة، فكانت نجسة كالدم

«الرابع»: قالوا: إنها نجسة تغليظاً وزجراً عنها قياساً على الكلب وما ولغ فيه. وأما الإجماع فقد نقل ما روي في المجموع: «نقل الشيخ أبو حامد الإجماع على نجاستها»، وقال الخطيب في مغني المحتاج: «استدل على نجاسة الخمر الشيخ أبو حامد بالإجماع، ونص على إجماع الصحابة، فإن الشيخ … قد استدل على نجاستها بالإجماع حكاه أبو حامد وابن عبد البر قال الإسنوي: ولعلهما أرادا بإجماع الطبقة المتأخرة من المجتهدين، وإلا فقد خالف في ذلك ربيعة شيخ مالك، والمزني.

واستدل القائلون بطهارة بالسنة والمعقول.

(الثاني): أن العلة في منع تناولهما مختلفة، فلا يصح القياس؛ لأن المنع من الدم لكونه مستخبثاً، والمنع من الخمر لكونها سبباً للعداوة والبغضاء وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة، كما صرحت الآية الكريمة.

ويرد عليهم في الإجماع أنه لم يصح؛ لأن من نقله الإمام الغزالي، وقد نقل عنه الإمام النووي في المجموع أنه قال بطهارة الخمر المحترمة، وهي التي استحالت خمراً في باطن حبات العنب. وقال النووي: إن الأقرب ما يقال في نجاستها ما ذكره الغزالي أنه حكم بنجاستها تغليظاً وزجراً عنها قياساً على الكلب وما ولغ فيه. فلو كان الإمام الغزالي ممن نقل الإجماع على نجاستها لما كان له أن يخالفه ويقول بطهارة بعض أنواعها، ولما كان له أن يستدل على نجاستها بقياس لم يسلم له الاتفاق على حكم أصله. وقد اضطرب نقل الإجماع فبعضهم ينقل أنه إجماع الصحابة، وبعضهم ينقل أنه إجماع الفقهاء المجتهدين؛ لأن ربيعة شيخ مالك والمزني وغيرهم خالفوا في نجاستها، وما كان هذا شأنه من الإجماع فلا ينهض على إيجاب الحكم بالنجاسة مع الاختلاف فيه قديماً وحديثاً.

ويرد على القائلين بالطهارة في السنة: أن الإراقة والأمر بها لا يدل على الطهارة لعدم توافر القاذورات الخبيثة في الطرقات إن لم يكن سبيل في التخلص منها إلا بذلك، وهكذا كان شأن أهل المدينة لا مرافق في بيوتهم؛ لأنهم كانوا يتضررون من إلقائها وتكليفهم إخراجها إلى خارج المدينة فيه كلفة ومشقة مع ما يجب من تأخير ما وجب على الفور، وإنما نهى النبي ﷺ عن التخلي في الطرق؛ لأن المتخلي يعرض نفسه للعن الناس له بسبب إيذائه لهم، وهكذا الأمر هنا بالنسبة إلى الخمر يمر الشخص بطريق يجري فيه خمرة فيتقزز نفسه ويتقذر جانبه، وإذا مر في قدر آخر لا يجد من نفسه هذا التأفف والاشمئزاز، فالأمر بالإراقة كان للمبالغة في التحريم حتى يقلع الناس عنها بعد أن تمكن حبها من نفوسهم، ولذا أمر النبي عليه السلام بإراقتها في الأماكن المطروقة ليشيع أمر تحريمها، فيمتثل الناس بذلك.

هذه أدلة الطرفين ومناقشتها. وأراها غير منتجة للمطلوب لكل منهم إلا مطلوب القائلين بالطهارة؛ أما استدلال الجمهور بقول الله تعالى: ﴿رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ فهو غير ناهض على إثبات النجاسة؛ لأن الرجس في لغة العرب القذر، والغضب، والنتن، والمأثم، وكل مستقذر من العمل، والعمل المؤدي إلى العذاب والشك، فقال في لسان العرب: قال الفراء في قول الله تعالى: ﴿ويجعل الرجس على الذين لا يعقلون﴾: إنه العقاب والغضب. وقال ابن الكلبي في قول الله تعالى: ﴿فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به﴾: الرجس: مأثم. وقال مجاهد في قول الله تعالى: ﴿كذلك يجعل الله الرجس﴾ قال الرجس: ما لا خير فيه. وقال أبو جعفر في قول الله تعالى: ﴿إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت﴾: الرجس الشك. وفي التنزيل: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾ قال الزجاج: الرجس في اللغة: اسم لكل مستقذر من عمل، فبالغ الله في ذم هذه الأشياء المذكورة، وسماها رجساً. ويقال: رجس الرجل بالضم، رجساً بالفتح، ورجس بالكسر يرجس بالفتح إذا عمل عملاً قبيحاً، والرجس بالفتح شدة الصوت، فكأن الرجس العمل الذي يقبح ذكره ويرتفع بالقبح. وقال ابن الكلبي: ﴿رجس من عمل الشيطان﴾ أي مأثم من عمل الشيطان.

وقال الراغب في المفردات: الرجس: الشيء القذر يقال: رجل رجس، ورجال أرجاس، قال تعالى: ﴿رجس من عمل الشيطان﴾ والرجس يكون على أربعة أوجه: إما من حيث الطبع، وإما من جهة العقل، وإما من جهة الشرع، وإما من كل ذلك كالميتة، فإنها تعاف طبعاً وعقلاً وشرعاً، والرجس من جهة الشرع الخمر والميسر، وقيل إن ذلك رجس من جهة العقل، وعلى ذلك نبه بقوله ﴿وإثمهما أكبر من نفعهما﴾؛ لأن كل ما يوفي إثمه على نفعه فالعقل يقتضي اجتنابه، وجعل الكافرين رجساً من حيث إن الشرك بالعقل أقبح الأشياء، قال تعالى: ﴿وأما الذين في قلوبهم مرض فزادتهم رجساً إلى رجسهم﴾ وقوله تعالى: ﴿ويجعل الرجس على الذين لا يعقلون﴾ قيل: النتن، وقيل: العذاب، وذلك كقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾، وقال: ﴿أو لحم خنزير فإنه رجس﴾ وذلك من حيث الشرع.

بلا قيد سكر (أو سكر من نبيذ) ما، به يفتى (طوعاً) عالماً بالحرمة حقيقة أو

عاقل، وقد طلب مني أن أعمل بذلك رسالة وفيما ذكرته كفاية. قوله: (بلا قيد سكر) تصريح بما أفاده قوله ولو قطرة، إشارة إلى أن هذا هو المقصود من المبالغة للتعرض بين الخمر وغيرها من باقي الأشربة، وإلا فلا يحد بالقطرة الواحدة لأنه تشترط قيام الرائحة، ومن شرب قطرة خمر لا يوجد منه رائحتها عادة، نعم يمكن الحد به على قول محمد الآتي من أنه لو أقر بالشرب لا يشترط قيام الرائحة، بخلاف ما إذا ثبت ذلك بالشهادة. هذا ما ظهر لي، ولم أر من تعرض له، فتأمل. قوله: (أو سكر من نبيذ ما) أي من أي شراب كان غير الخمر إذا شربه لا يحد به إلا إذا سكر به، وعبر بـ (ما) المفيدة للتعميم

= وعن ابن عباس: الرجس في الآية: السخط، وعن جابر بن زيد: الرجس: الشر، وعن غيرهما الرجس: المأثم.

ولما كان الأمر كما سبق، وهو أن الرجس يطلق في اللغة على معنى ما تقدم، فلا قرينة في الآية تدل على حمله على الرجس الحسي، بل قرن الخمر بما بعدها، والحكم على الجميع بأنه رجس من عمل الشيطان يرجح أن المراد به إنما هو الرجس المعنوي، وهو ما ينفر منه العقل لسوء عاقبته، والمذكورات في الآية تشترك جميعها في هذا المعنى فهي سبب للغضب والعقاب، والإثم والعذاب، وجعل الرجس في جانب الخمر بمعنى النجاسة، وفي جانب غيرها لا على هذا المعنى تحكم وتفريق بين المجتمعات في الحكم بدون دليل، بل دل الدليل على خلافه، فإن قول الله تعالى: رجس من عمل الشيطان كالصريح في كون الرجس معنوياً، وهو محمول على الجميع من الخمر وما عطف عليها؛ لأن الأصل في الإخبار عن معطوف وما عطف عليه، ولا قرينة في الآية تدل على خلافه إما بتقدير مضاف كالشأن أو التعاطي، وإما لأنه على صورة المصدر فيستوي فيه القليل والكثير، وأما جعله خبراً عن الخمر فقط، وخبر ما عطف عليها محذوف، فخلاف الظاهر المتبادر من السياق، ولا قرينة في الآية تدل عليه.

فإن قيل: إن القرينة الإجماع على طهارة ما عطف على الخمر. قلت: فما هي القرينة قبل الإجماع؟ وهل كان الجميع طاهراً أو نجساً قبله؟

وحسبنا في هذا المقام قول الإمام النووي: "واحتج أصحابنا بالآية الكريمة، قالوا: ولا يضر قرن الميسر والأنصاب والأزلام بها مع أن هذه الأشياء طاهرة؛ لأن هذه الثلاثة خرجت بالإجماع، فبقيت الخمر على مقتضى الكلام، ولا يظهر من الآية دلالة ظاهرة لأن الرجس في اللغة القذر، ولا يلزم منه النجاسة، وكذا الأمر بالاجتناب لا يلزم منه النجاسة".

وأما استدلال القرطبي بالسنة فلا يشم منه رائحة الدلالة على الطهارة أو النجاسة؛ لأن الإراقة والأمر بها كان بقصد شهرة التحريم وإبلاغه إلى الجميع، وما كان كذلك لا يستلزم الحكم بالنجاسة ولا بالطهارة؛ لأن القاذورات قد تراق في الطرقات إن لم يكن ضرر بإراقتها، وقد كان أهل المدينة لا يتخذون الكنف في بيوتهم؛ لأنهم يتقذرون منها، كما قالت عائشة رضي الله عنها: إنهم كانوا يتقذرون من اتخاذ الكنف في البيوت، وينقلونها إلى خارج المدينة في كلفة ومشقة، ويلزم منه أنهم ما وجب عليهم الهرب، على أنه كان يمكن التحرز منها بعدم قربها لجانبيها، مثل طرق المدينة الواسعة، ولم تكن الخمر من الكثرة بحيث تعم الطرق، وإنما جرت في مواضع يسيرة يمكن التحفظ منها، أما مقول الجمهور فلم يسلم واحد من وجوهه الأربعة كما سبق.

وأما الإجماع فلم يصح. انظر المقالة للأستاذ [illegible] شحاتة، نيل الأوطار جـ 8 ص 144، مجموع النووي جـ 2 ص 574، المهذب جـ 8 ص 152، حاشية عميرة على المنهاج 1/69، المفردات ص 187، [illegible] 1/34.

حكماً بكونه في دارنا، لما قالوا: لو دخل حربي دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلاً بالحرمة لا يحد، بخلاف الزنا لحرمته في كل ملة. قلت: يرد عليه حرمة

الإشارة إلى خلاف الزيلعي حيث خصه بالأشربة الأربعة المحرمة بناء على قولهما. وعند محمد: ما أسكر كثيره فقليله حرام، وهو نجس أيضاً. قالوا: وبقول محمد نأخذ. وفي طلاق البزازية: لو سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار في زماننا لزوم الحد اهـ. نهر.

قلت: وما ذكره الزيلعي تبع فيه صاحب الهداية، لكنه في الهداية من الأشربة ذكر تصحيح قول محمد، فعلم أن ما مشى عليه هنا غير المختار كما في الفتح. وقد حقق في الفتح قول محمد: إن ما أسكر كثيره حرم قليله، وأنه لا يلزم من حرمة قليله أنه يحد به بلا إسكار كالخمر خلافاً للأئمة الثلاثة، وأن استدلالهم على الحد بقليله بحديث مسلم «كلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ»[1] وبقول عمر في البخاري «الخَمْرُ مَا خَامَرَ العَقْلَ» وغير ذلك لا يدل على ذلك؛ لأنه محمول على التشبيه البليغ كزيد أسد، والمراد به ثبوت الحرمة، ولا يلزم منه ثبوت الحد بلا إسكار، وكون التشبيه خلاف الأصل أوجب المصير إليه قيام الدليل عليه لغة وشرعاً، ولا دليل لهم على ثبوت الحد بقليله سوى القياس ولا يثبت الحد به؛ نعم الثابت الحد بالسكر منه، وقد أطال في ذلك إطالة حسنة، فجزاه الله خيراً، ويأتي حكم البنج والأفيون والحشيش. قوله: (بكونه في دارنا) أي ناشئاً فيها. قوله: (لما قالوا الخ) تعليل لتفسير العلم الحكمي بكونه في دارنا، لكن بالمعنى الذي ذكرناه لا بمجرد الكون في دارنا، وإلا لم يوافق التعليل المعلل. ويوضح المقام ما في كافي الحاكم الشهيد من الأشربة حيث قال: وإذا أسلم الحربي وجاء إلى دار الإسلام ثم شرب الخمر قبل أن يعلم أنها محرمة عليه لم يحد، وإن زنى أو سرق أخذ بالحد ولم يعذر بقوله لم أعلم، وأن المولود بدار الإسلام إذا شرب الخمر وهو بالغ فعليه الحد ولا يصدق أنه لم يعلم. قوله: (قلت يرد عليه الخ) أي على ما يفهم من قولهم لحرمته، أي الزنا في كل ملة حيث جعلوه وجه الفرق بين الشرب والزنا، فإنه يفهم منه أن الشرب لا يحرم في كل ملة مع أنه مخالف لما مر من حرمته كذلك. ودفع بأن المحرم في كل ملة هو السكر لا نفس الشرب، والمراد التفرقة بين الشرب والزنا.

قلت: وفيه نظر، فإن قولهم فشرب الخمر جاهلاً بالحرمة لا يحد أعم من أن يكون سكر من هذا الشرب أو لا، بل المتبادر السكر، ولو كان المراد الشرب بلا سكر لكان الواجب التقييد، أو كان يقال فشرب قطرة. نعم قد يدفع أصل الإيراد بمنع حرمة السكر في كل ملة لما قدمناه فتفهم.

---

(1) أخرجه البخاري ... (٥٥٧٥)، ومسلم ٣/ ١٥٨٧ (٢٠٠٣).

السكر أيضاً في كل ملة، فتأمل (بعد الإفاقة) فلو حد قبلها فظاهره أنه يعاد عيني. (إذا أخذ) الشارب (وريح ما شرب) من خمر أو نبيذ. فتح. فمن قصر الرائحة على الخمر فقد قصر (موجودة) خبر الريح وهو مؤنث سماعي. غاية (إلا أن تنقطع)

تتمة: لو شرب الحلال ثم دخل الحرم حد، لكن لو التجأ إلى الحرم لم يحد لأنه قد عظمه، بخلاف ما إذا شرب في الحرم لأنه قد استخفه. قهستاني عن العمادي. ويأتي أنه لو شرب في دار الحرب لا يحد. فعلم من مجموع ذلك أنه لا يحد للشرب عشرة: ذمي على المذهب، ومرتد وإن شرب قبل ردته وإن أسلم بعد الشرب وصبي، ومجنون وأخرس ومكره، ومضطر لعطش مهلك، وملتجيء إلى الحرم، وجاهل بالحرمة حقيقة وحكماً، ومن شرب في غير دارنا، وبه يعلم شروط الحد هنا. قوله: (بعد الإفاقة) أي الصحو من السكر، وهو متعلق بقوله يحدّ مسلم. قوله: (فظاهره أنه يعاد) جزم به في البحر. قال في الشرنبلالية: وفيه تأمل اهـ. وبين وجهه فيما نقل عنه بأن الألم حاصل وإن لم يكن كاملاً ويصدق عليه أنه حد فلا يعاد بعد صحوه اهـ.

قلت: وفيه نظر، لما في الفتح: ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار، وهذا بإجماع الأئمة الأربعة، لأن غيبوبة العقل أو غلبة الطرب تخفف الألم.

ثم ذكر حكاية. حاصلها: أن السكران وضع على ركبته جمرة حتى طفئت وهو لا يلتفت إليها حتى أفاق فوجد الألم. قال: وإذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته إلا حال الصحو، وتأخير الحد لعذر جائز اهـ. وحينئذ فلا يلزم من أن الإمام لو أخطأ فحده قبل صحوه أن يسقط الواجب عليه من إقامة الحد بعد الصحو.

ولا يرد أنه لو قطع يسار السارق لا تقطع يمينه أيضاً للفرق الواضح، فإن الانزجار حاصل باليسار أيضاً وإن كان الواجب قطع اليمين، ولأنه لو قطعت اليمين أيضاً يلزم تفويت المنفعة من كل وجه وذلك إهلاك، ولذا لا يقطع لو كانت يسراه مقطوعة أو إبهامها. قوله: (إذا أخذ الشارب) شرط تقدم دليل جوابه وهو قوله: «يحد مسلم الخ» وضمير «أخذ» يعود عليه، وهو المراد بالشارب، والمراد أخذه إلى الحاكم. قوله: (وريح ما شرب الخ) قال في الفتح: فالشهادة بكل منهما: أي من شرب الخمر والسكر من غيره مقيدة بوجود الرائحة، فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة، وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهد به فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبر بأن ريحها موجود اهـ. قوله: (وهو مؤنث سماعي) الأولى وهي لعوده إلى الريح، ولكنه ذكر ضميرها لتذكير الخبر. والمؤنث السماعي هو ما لم يقترن لفظه بعلامة تأنيث، ولكنه سمع مؤنثاً بالإسناد إن كان رباعياً كهذه العقرب قتلتها، وبه

الرائحة (**بعد الاستنكاه**) وحينئذ فلا بد أن يشهدا بالشرب طائعاً ويقولا استنكهناه وريحها موجودة (**ولا يثبت**) الشرب (**بها**) بالرائحة (**ولا بتقايئها، بل بشهادة رجلين يسألهما الإمام عن ماهيتها وكيف شرب**) لاحتمال الإكراه (**ومتى شرب**) لاحتمال التقادم (**وأين شرب**) لاحتمال شربه في دار الحرب، فإذا بينوا ذلك حبسه حتى يسأل عن عدالتهم، ولا يقضي بظاهرها في حدّ ما. خانية.

ولو اختلفا في الزمان أو شهد أحدهما بسكره من الخمر والآخر من السكر

أو بالتصغير إن كان ثلاثياً كعيينة في تصغير عين وهذه الثاء أضمرتها، وذلك في ألفاظ محصورة. قوله: (**بعد الاستنكاه**) أفاد أن زوالها بالمعالجة دواء لا يمنع الحد كما في حاشية مسكين معزياً إلى المحيط. قوله: (**ولا يثبت الشرب بها**) لأنها قد تكون من غيره كما قيل: [الطويل]

يقولون لي انكه قد شربت مدامة ... فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

والنكه بوزن المنع، ونكه من بابه: أي أظهر رائحة فمك. فتح. قوله: (**بالرائحة**) بدل من قوله بها. قوله: (**ولا بتقايئها**) مصدر تقايأ تفعّل. لاحتمال أنه شربها مكرهاً أو مضطراً فلا يجب الحد بالشك. وأشار إلى أنه لو وجد سكران لا يحد من غير إقرار ولا بينة لاحتمال ما ذكرنا، أو أنه سكر من المباح. بحر. لكنه يعزر بمجرد الريح أو السكر كما في القهستاني. قوله: (**رجلين**) احتراز عن رجل وامرأتين، لأن الحدود لا تثبت بشهادة النساء للشبهة كما في البحر. قوله: (**يسألهما الإمام**) أشار إلى ما في البحر عن القنية من أنه ليس لقاضي الرستاق أو فقيهه أو المتفقهة أو أئمة المساجد إقامة حد الشرب إلا بتولية الإمام. قوله: (**عن ماهيتها**) لاحتمال اعتقادهم أن باقي الأشربة خمر. قوله: (**لاحتمال الإكراه**) لكن لو قال: أكرهت لا يقبل، لأنهم شهدوا عليه بالشرب طائعاً وإلا لم تقبل شهادتهم، وتمامه في البحر. قوله: (**لاحتمال التقادم**) هذا مبني على قول محمد بأن التقادم مقدر بالزمان وهو شهر، وإلا فالشرط عندهما أن يؤخذ والريح موجودة كما مر. أفاده في البحر، فالتقادم عندهما مقدر بزوال الرائحة وهو المعتمد كما مر في الباب السابق.

والحاصل أن التقادم يمنع قبول الشهادة اتفاقاً، وكذا يمنع الإقرار عندهما لا عند محمد، ورجح في غاية البيان قوله، وفي الفتح أنه الصحيح.

قال في البحر: والحاصل أن المذهب قولهما، إلا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى اهـ. قوله: (**من السكر**) بفتح السين والكاف: وهو عصير الرطب إذا اشتد، وقيل كل شراب أسكر. عناية.

ثم يحد. ظهيرية (أو) يثبت (بإقراره مرة صاحياً ثمانين سوطاً) متعلق بيحد (للحر، ونصفها للعبد، وفرق على بدنه كحد الزنا) كما مر.

(فلو أقرّ سكران أو شهدوا بعد زوال ريحها) لا لبعد المسافة (أو أقر كذلك أو رجع عن إقراره لا) يحد، لأنه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه، ثم ثبوته بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين،

قلت: وهذا ظاهر على قولهما إنه لا يحد بالسكر من الأشربة المباحة، وكذا على قول محمد إنه يحد لعدم توافق الشاهدين على المشروب، كما لو شهد اثنان أنه زنى بفلانة واثنان أنه زنى بفلانة غيرها. تأمل. قوله: (ظهيرية) ومثله في كافي الحاكم. قوله: (أو بإقراره) عطف على قوله: «بشهادة رجلين» وقدر الشارح يثبت لطول الفصل. قال في البحر: وفي حصره الثبوت في البينة والإقرار دليل على أن من يوجد في بيته الخمر وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد شربوها لا يحدون وإنما يعزّرون، وكذا الرجل معه ركوة من الخمر اهـ. بل تقدم أنه لو وجد سكران لا يحد بلا بينة أو إقرار، بل يعزر. قوله: (مرة) رد لقول أبي يوسف: إنه لا بد من إقراره مرتين. بحر. ولم يتعرض لسؤال القاضي المقر عن الخمر: ما هي؟ وكيف شربها؟ وأين شرب؟ وينبغي ذلك كما في الشهادة، ولكن في قول المصنف «وعلم شربه طوعاً» إشارة إلى ذلك. شرنبلالية. تأمل. قوله: (متعلق بيحد) أي تعلقاً معنوياً لأنه مفعول مطلق عامله يحد. قوله: (كما مر) فلا يضرب الرأس والوجه، ويضرب بسوط لا ثمرة له، وينزع عنه ثيابه في المشهور إلا الإزار احترازاً عن كشف العورة. بحر. وفي شرح الوهبانية: والمرأة تحد في ثيابها. قوله: (فلو أقرّ سكران) أي أقر على نفسه بالحدود الخالصة حقاً لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة لا يحد، إلا أنه يضمن المسروق، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد، والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة له؛ لأنه أدخل الآفة على نفسه، فإذا أقرّ بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر، وينبغي أن يقيد حده للسكر بما إذا شهد عليه به وإلا فبمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر؛ وكذا يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها فتح ملخصاً. وقوله: «عقوبة له الخ» يدل على أنه لو سكر مكرهاً أو مضطراً لا يؤاخذ بحقوق العباد أيضاً. قوله: (أو أقر كذلك) أي بعد زوال ريحها، وهذا على قولهما: إن التقادم يبطل الإقرار وإنه مقدر بزوال الرائحة. قوله: (فيعمل الرجوع فيه) لاحتمال صدقه وأنه كاذب في إقراره. وإذا أقرّ وهو سكران يزيد احتمال الكذب فيدرأ عنه الحد أيضاً. قوله: (ثم ثبوته الخ) هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار، فعند عدم قيامها

وهما شرطا قيام الرائحة.

(والسكران من لا يفرق بين) الرجل والمرأة و (السماء والأرض. وقالا: من يختلط كلامه) غالباً، فلو نصفه مستقيماً فليس بسكران. بحر (ويختار للفتوى) لضعف دليل الإمام. فتح.

(ولو ارتد السكران) لم يصح ف(لا تحرم عرسه) وهذه إحدى المسائل السبع المستثناة من أنه كالصاحي كما بسطه المصنف معزياً للأشباه وغيرها.

ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه، لأن الإجماع لم يكمل إلا بقول من اشترط قيامها، لكن قدمنا تصحيح قول محمد بعدم الاشتراط وبيانه في الفتح. قوله: (والسكران الخ) بيان لحقيقة السكر الذي هو شرط لوجوب الحد في الشرب ما سوى الخمر من الأشربة.

ولما كان السكر متفاوتاً اشترط الإمام أقصاه درءاً للحد، وذلك بأن لا يميز بين شيء وشيء، لأن ما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو، نعم وافقهما الإمام في حق حرمة القدر المسكر من الأشربة المباحة فاعتبر فيها اختلاط الكلام، وهذا معنى قوله في الهداية: والمعتبر في القدر المسكر فيحق الحرمة ما قالاه إجماعاً أخذاً بالاحتياط اهـ. وذكر في الفتح أنه ينبغي أن يكون قوله كقولهما أيضاً في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود، لأنه يكون أدرأ للحدود، وكذا في الذي لا تصح معه الردة: إذ لو اعتبر فيه أقصاه لزم أن تصح ردته فيما دونه مع أنه يجب أن يحتاط في عدم تكفير المسلم، والإمام إنما اعتبر أقصى السكر للاحتياط في درء حد السكر، واعتبار الأقصى هنا خلاف الاحتياط. هذا حاصل ما في الفتح.

قلت: لكن ينبغي أن تصح ردته فيما دون الأقصى بالنسبة إلى فسخ النكاح لأن فيه حق العبد، وفيه العمل بالاحتياط أيضاً كما لا يخفى. قوله: (ولو ارتد السكران لم يصح) أي لم يصح ارتداده: أي لم يحكم به. قال في الفتح: لأن الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف، لأنهما فرع قيام الإدراك، وهذا في حق الحكم. أما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكراً لمعناه كفر، وإلا لا اهـ. وقد سمعت آنفاً المراد بالسكر هنا. قوله: (فلا تحرم عرسه) أي بسبب الردة في حالة السكر، أما لو طلقها فإنه يقع كما يأتي بيانه. قوله: (وهذه الخ) يعني أن حكم السكران من محرم كالصاحي، إلا في سبع: لا تصح ردته ولا إقراره بالحدود الخالصة، ولا إشهاده على شهادة نفسه، ولا تزويجه الصغير بأكثر من مهر المثل أو الصغيرة بأقل، ولا تطليقه زوجة من وكله بتطليقها حين صحوه، ولا بيعه متاع من وكله بالبيع صاحياً، ولا رد الغاصب عليه ما غصبه منه قبل سكره، هذا حاصل ما في الأشباه. ونازعه محشيه الحموي في الأخيرة بأن المنقول في العمادية أن حكم

ونقل في الأشربة عن الجوهرة حرمة أكل بنج وحشيشة وأفيون، لكن دون حرمة الخمر، ولو سكر بأكلها لا يحد بل يعزر انتهى.

السكران فيها كالصاحي، فيبرأ الغاصب من الضمان بالرد عليه، وفي مسألة الوكالة بالتطليق بأن الصحيح الوقوع نص عليه في الخانية والبحر اهـ. وقدمناه أول كتاب الطلاق، وكتبنا هناك عن التحرير أن السكران إن كان سكره بطريق محرم لا يبطل تكليفه، فتلزمه الأحكام، وتصح عباراته من الطلاق والعتاق والبيع والإقرار، وتزويج الصغار من كفء والإقراض والاستقراض، لأن العقل قائم، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته فبقي في حق الإثم ووجوب القضاء، ويصح إسلامه كالمكره لا ردته لعدم القصد اهـ. وقدم الشارح هناك أن اختلاف التصحيح في طلاق من سكر مكرهاً أو مضطراً، وقدمنا هناك أن الراجح عدم الوقوع، وقدمنا آنفاً عن الفتح أنه كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة له.

مطلب في البنج والأفيون والحشيشة[1]

قوله: (لكن دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية يكفر منكرها بخلاف هذه. قوله: (لا يحد بل يعزر) أي بما دون الحد كما في الدر المنتقى عن المنح، لكن

---

(١) الفرق بين المسكر والمفسد والمرقد فنقول: المسكر ما غطى العقل مع نشوة وطرب. والمفسد: هو الذي يغيب العقل من غير نشوة وطرب. والمرقد هو الذي يغيب الحواس مع العقل.
مثال الأول: الخمر، ومثال الثاني: البنج، ومثال الثالث: الداتورا قال القرافي في الفروق: الفرق بين قاعدة المسكرات والمرقدات والمفسدات فإن المتناول من هذه إما أن يغيب معه الحواس أو لا، فإن غابت معه الحواس كالبصر والسمع واللمس والشم والذوق فهو المرقد، وإن لم تغب معه الحواس فلا يخلو إما أن يحدث معه نشوة وسرور كالخمر والمزر، وهو المعمول من القمح، والبتع، وهو من العسل، والسكركة وهي من الذرة، فهو المسكر. أو لا، فهو المفسد وهو المشوش للعقل مع عدم السرور الغالب كالبنج، ويدلك على ضابط المسكر قول الشاعر:

ونشربها فتتركنا ملوكاً وأسداً ما ينهنهنا اللقاء

فالمسكر يزيد في الشجاعة والمسرة وقوة النفس والميل إلى البطش والانتقام من الأعداء والمنافسة في العطاء وأخلاق الكرماء، وبهذا الفرق يظهر أن الحشيشة مفسدة، وليست مسكرة لوجهين.
الأول: أنا نجدها تثير الخلط الكامن في الجسد كيفما كان فصاحب الصفراء تحدث له حدة، وصاحب البلغم تحدث له سباتاً وصمتاً، وصاحب السوداء تحدث له بكاء وجزعاً، وصاحب الدم تحدث له سروراً بقدر حاله.

وأما الخمر والمسكرات فلا نجد أحداً ممن يشربها إلا وهو نشوان مسرور بعيد عن صدور البكاء والصمت.
الثاني: أنا نجد شراب الخمر تكثر عربدتهم ووثوب بعضهم على بعض بالسلاح، ويهجمون على الأمور العظيمة التي لا يهجمون عليها حالة الصحو - وهو معنى «ونشربها فتتركنا ملوكاً» البيت.
ولا نجد أكلة الحشيشة إذا اجتمعوا يجري بينهم شيء من ذلك، ولم يسمع عنهم من العوائد ما يسمع عن شراب الخمر، بل هم همدة سكوت، ولهذين الوجهين أنا أعتقد أنها من المفسدات لا من المسكرات، ...

وفي النهر: التحقيق ما في العناية أن البنج مباح لأنه حشيش، أما السكر منه فحرام.

(أقيم عليه بعض الحد فهرب) ثم أخذ بعد التقادم لا يحد، لما مر أن الإمضاء من القضاء في باب الحدود.

قلت: ويدل عليه للأول تعليل المدائني، وللثاني تعليل العلامة قاسم، وقدمنا هناك أيضاً عن الفتح أن مشايخ المذهبين من الحنفية والشافعية اتفقوا على وقوع طلاق من غاب عقله بالحشيشة وهي ورق القنب بعد أن اختلفوا فيها قبل أن يظهر أمرها من الفساد. قوله: (إن البنج مباح) قيل هذا عندهما. وعند محمد: ما أسكر كثيره فقليله حرام، وعليه الفتوى كما يأتي اهـ.

أقول: المراد بما أسكر كثيره الخ: من الأشربة، وبه عبر بعضهم وإلا لزم تحريم القليل من كل جامد إذا كان كثيره مسكراً كالزعفران والعنبر، ولم أر من قال بحرمتها، حتى أن الشافعية القائلين بلزوم الحد بالقليل مما أسكر كثيره خصوه بالمائع. وأيضاً لو كان قليل البنج أو الزعفران حراماً عند محمد لزم كونه نجساً لأنه قال: ما أسكر كثيره فإن قليله حرام نجس، ولم يقل أحد بنجاسة البنج ونحوه، وفي كافي الحاكم من الأشربة: ألا ترى أن البنج لا بأس بتداويه، وإذا أراد أن يذهب عقله لا ينبغي أن يفعل ذلك اهـ. وبه علم أن المراد الأشربة المائعة، وأن البنج ونحوه من الجامدات إنما يحرم إذا أراد به السكر وهو الكثير منه دون القليل المراد به التداوي ونحوه: كالتطيب بالعنبر وجوزة الطيب، ونظير ذلك ما كان سمياً قتالاً كالمحمودة وهي السقمونيا ونحوها من الأدوية السمية، فإن استعمال القليل منها جائز، بخلاف القدر المضر فإنه يحرم، فافهم واغتنم هذا التحرير. قوله: (لأنه حشيش) لا معنى لهذا التعليل، وليس في عبارة العناية اهـ ح.

قلت: وكذا ليس هو في عبارة النهر، ويمكن الجواب بأنه إشارة إلى ما قلناه، فالمراد التعليل بأنه من الجامدات لا من المائعات التي فيها الخلاف في أن قليلها حرام أو لا، فافهم. قوله: (أقيم عليه بعض الحد) أي حد الزنا أو السرقة أو الشرب كما في الكافي.

قلت: وأما حد القذف ففيه تفصيل سيأتي في آخر الباب الآتي. قوله: (ثم أخذ الخ) أقحم الشارح هذه المسألة بين كلامي المصنف إشارة إلى أن استئناف الحد للشرب الثاني لا يتقيد بما إذا أقيم عليه بعض الحد، فحوّل العبارة عن أصلها وكملها بما يناسبها، وأتى بـ «لو» في قوله: «ولو شرب الخ» ليجعله مسألة مستأنفة، ولا يخفى ما فيه من حسن الصناعة. قوله: (لما مر الخ) أي في أثناء الباب السابق: وقال في

(و) لو (شرب) أو زنى (ثانياً يستأنف الحد) لتداخل المتحد كما سيجيء.

فرع: سكران أو صاح جمح به فرسه فصدم إنساناً فمات، إن قادراً على منعه ضمن، وإلا لا. مصنف عمادية.

باب حدّ القذف

هو لغة: الرمي. وشرعاً: الرمي بالزنا، وهو من الكبائر بالإجماع. فتح.

الهداية هناك: إن التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء، حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لم يحد؛ لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود.

قلت: لكن هذا ظاهر في حد الزنا والسرقة، فإن التقادم مقدر فيهما بشهر كما مر؛ أما في حد الشرب فإنه مقدر عندهما بزوال الرائحة، وعند محمد بشهر أيضاً والمعتمد قولهما كما مر، وقيام الرائحة إنما يشترط عند الإقرار أو عند الرفع إلى الحاكم، إلا لبعد المسافة، ولا يحد إلا بعد الصحو كما مر، ولم يشترطوا قيام الرائحة عند إقامة الحد، بل الصحو مظنة زوالها؛ فإذا كان عدم إكمال الحد بسبب زوال الرائحة على قولهما يلزم أن لا يقام عليه الحد إلا مع قيام الرائحة، ولم نر من قال بذلك. فالظاهر أن هذا تفريع على قول محمد فقط، ولا يصح أن يقال: إنه مفرّع على قولهما أيضاً بأن تفرض المسألة فيما إذا أقرّ بالشرب فهرب، لأن التقادم يبطل الإقرار عندهما كما تقدم لرجوع المحذور، فإنه يلزم عليه أن المقرّ لا يحد إلا إذا بقيت الرائحة موجودة، وإن لم يرجع عن إقراره الصادر عند قيام الرائحة. وأيضاً فالهرب رجوع عن الإقرار فلا حاجة معه إلى التقادم، هذا ما ظهر لي، فتأمله. قوله: (ولو شرب أو زنى ثانياً) أي قبل إكمال الحد كما هو صورة المتن أو قبل إقامة شيء منه. ففي الصورتين يحد حداً كاملاً بعد الفعل الأخير، ويدخل ما بقي من الأول في الثاني، بخلاف ما إذا أقيم عليه حد الشرب فشرب ثانياً، أو حد الزنا فزنى ثانياً فإنه يحد للثاني حداً آخر، وبخلاف ما إذا اختلف الجنس، وسيجيء تمام الكلام على ذلك في باب القذف. قوله: (وإلا لا) أي لا يضمن لأن فعلها غير مضاف إليه. قوله: (مصنف عمادية) أي نقله المصنف عن العمادية ح.

باب حدّ القذف

قوله: (وشرعاً الرمي بالزنا) الأولى ما في النهاية من أنه نسبة المحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة؛ إذ الحد إنما هو في المحصن. نهر.

قلت: لكن الإحصان شرط الحد، وله شروط أخر ستذكر، والكلام في

لكن في النهر: قذف غير المحصن كصغيرة مملوكة وحرة متهتكة من الصغائر.
(هو كحد الشرب كمية وثبوتاً) فيثبت برجلين يسألهما الإمام

الحقيقة الشرعية المشروطة بما يأتي. وينبغي أن يقيد أيضاً بقوله على سبيل التعيير والشتم ليخرج شهادة الزنا. قوله: (لكن في النهر الخ) عزاه في النهر إلى الحليمي من الشافعية معللاً بأن الإيذاء في قذف هؤلاء دونه في الحرّة الكبيرة المستترة، وذكره في البحر بحثاً غير معزي. ونقل أيضاً عن شرح جمع الجوامع أن القذف في الخلوة صغيرة عند الشافعية، قال: وقواعدنا لا تأباه لأن العلة فيه لحوق العار، وهو مفقود في الخلوة.

واعترضه في النهر بأنه في الفتح استدل للإجماع بآية: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] وبحديث «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ» وَعَدَّ مِنْهَا قَذْفَ الْمُحْصَنَاتِ، أي وهذا صادق على قذف المحصنة في الخلوة بحيث لم يسمعه أحد.

واعترضه أيضاً الباقاني في شرح الملتقى بأن المذكور في شرح جمع الجوامع عن ابن عبد السلام أنه ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة. وقال محشيه اللقاني: إن المحقق من هذه العبارة نفي إيجاب الحد لا نفي كونه كبيرة أيضاً لتوجه النفي على القيد. وقال الزركشي أيضاً: إن هذا ظاهر فيما إذا كان صادقاً دون الكاذب لجراءته على الله تعالى: أي فهو كبيرة وإن كان في الخلوة.

وقال الشارح في شرح الملتقى: قلت الذي حررته في شرح منظومة والد شيخنا تبعاً لشيخنا النجم الغزي الشافعي: إنه من الكبائر وإن كان صادقاً ولا شهود له عليه، ولو من الوالد لولده أو لولد لولده وإن لم يحد به بحرّ ولو غير محصن، وشرط الفقهاء الإحصان إنما هو لوجوب الحد لا لكونه كبيرة. وقد روى الطبراني عن واثلة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ قَذَفَ ذِمِّيّاً حُدَّ لَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ بِسِيَاطٍ مِنْ نَارٍ».

ثم من المعلوم ضرورة أن قذف أم المؤمنين عائشة رضي الله تعالى عنها كفر سواء كان سرّاً أو جهراً، وكذا القول في مريم، وكذا الرمي باللواطة اهـ: أي إنه من الكبائر أيضاً، وسيأتي بيان حكمه في باب التعزير. قوله: (كمية) أي قدراً وهو ثمانون سوطاً إن كان حرّاً ونصفها إن كان القاذف عبداً. بحر. قوله: (فيثبت برجلين) بيان لقوله: «وثبوتاً» وأشار إلى أنه لا مدخل فيه لشهادة النساء كما مر، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي. ويثبت أيضاً بإقرار القاذف مرة كما في البحر، ولا يستحلف على ذلك، ولا يمين في شيء من الحدود إلا أنه يستحلف في السرقة لأجل المال، فإن أبى ضمن المال ولم يقطع. وإذا اختلف الشاهدان في الزمان لم تبطل شهادتهما عنده كما في الإقرار بالمال أو بالطلاق أو العتاق، وعندهما لا يحد القاذف،

عن ماهيته وكيفيته إلا إذا شهدا بقوله يا زاني ثم يحبسه ليسأل عنهما كما يحبسه لشهود يمكن إحضارهم في ثلاثة أيام، وإلا لا. ظهيرية. ولا يكلفه خلافاً للثاني. نهر.

(ويحد الحرّ أو العبد)

وإن شهد أحدهما بالقذف والآخر على الإقرار به لم يحد اتفاقاً استحساناً، وكذا تبطل لو اختلفا في اللغة التي قذف بها أو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر أنه قال لست لأبيك اهـ. ملخصاً من كافي الحاكم. قوله: (عن ماهيته) أي حقيقته الشرعية المارة. قوله: (وكيفيته) أي اللفظ الذي قذف به اهـ ح.

قلت: فيه أن هذا اللفظ ركن القذف، والكيفية الحالة والهيئة، كما يقال: كيف زيد؟ فتقول صحيح أو سقيم، وقد مر تفسير السؤال عن الكيفية في الشهادة على الزنا بالطوع أو الإكراه. فالظاهر أن يقال هنا كذلك، إذ لو أكره القاذف على القذف لم يحد. لكن ظاهر ما في الكافي أن السؤال عن هذا غير لازم حيث قال: وإن جاء المقذوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلا عن ماهيته وكيفيته، فإن لم يزيدا على ذلك لم تقبل، فإن القذف يكون بالحجارة وبغير الزنا، وإن قالا نشهد أنه قال يا زاني قبلت شهادتهما وحدت القاذف اهـ. فظاهره أن السؤال عن الماهية والكيفية إنما هو إذا شهد بالقذف؛ أما لو شهدا بأنه قال يا زاني لا يلزم السؤال عن ذلك أصلاً، إذ لو كان مكرهاً لبينه فليتأمل. وعلى هذا فيمكن أن يراد بالكيفية أنه صريح أو كناية، فتأمل. وفي حاشية مسكين عن الحموي: وينبغي أن يسألهما عن المكان لاحتمال قذفه في دار الحرب أو البغي، وعن الزمان لاحتمال قذفه في صباه لا لاحتمال التقادم لأنه لا يبطل به، بخلاف سائر الحدود، ثم رأيت الأول في البدائع اهـ. قوله: (إلا إذا شهدا الخ) تكلمنا عليه آنفاً. قوله: (كما يحبسه لشهود) الأولى لشاهد بصيغة المفرد. قال في النهر: فإن لم يعرف عدالتهما حبسه القاضي حتى يسأل عنهما، وكذا لو أقام شاهداً واحداً عدلاً وادعى أن الثاني في المصر حبسه يومين أو ثلاثة، ولو زعم أن له بينة في المصر حبسه إلى آخر المجلس. قالوا: والمراد بالحبس في الأولين حقيقته، وفي الثالث الملازمة. قوله: (ولا يكلفه) أي لا يأخذ منه كفيلاً إلى المجلس الثاني. وقال أبو يوسف: يأخذه. نهر. وسيأتي توضيحه في عبارة المتن. قوله: (ويحد الحر الخ) أي الشخص الحر، فلا ينافي قوله: ولو ذمياً أو امرأته فافهم. ولم أر من تعرض لشروط القاذف، وينبغي أن يقال: إن كان عاقلاً بالغاً ناطقاً طائعاً في دار العدل، فلا يحد الصبي بل يعزر، ولا المجنون إلا إذا سكر بمحرم، لأنه كالصاحي فيما فيه حقوق العباد كما مر، ولا المكره ولا الأخرس لعدم التصريح بالزنا كما صرح به ابن الشلبي عن النهاية، ولا

ولو ذمياً أو امرأة (**قاذف المسلم الحر**) الثابتة حريته، وإلا ففيه التعزير (**البالغ العاقل العفيف**) عن فعل الزنا، فينقص عن إحصان الرجم بشيئين: النكاح، والدخول.

القاذف في دار الحرب أو البغي كما مر. وأما كونه عالماً بالحرمة حقيقة أو حكماً بكونه ناشئاً في دار الإسلام فيحتمل أن يكون شرطاً أيضاً، لكن في كافي الحاكم: حربي دخل دار الإسلام بأمان فقذف مسلماً لم يحد في قول أبي حنيفة الأول ويحد في قوله الأخير، وهو قول صاحبيه اهـ. فظاهره أنه يحد ولو في فور دخوله، ولعل وجهه أن الزنا حرام في كل ملة فيحرم القذف به أيضاً فلا يصدق بالجهل: هذا ما ظهر لي، ولم أر من تعرض لشيء منه. قوله: (**ولو ذمياً**) الأولى ولو كافراً ليشمل الحربي المستأمن كما علمته آنفاً، وسيذكره المصنف أيضاً. قوله: (**قاذف المسلم الحر الخ**) بيان لشروط المقذوف. قوله: (**الثابتة حريته**) أي بإقرار القاذف أو بالبينة إذا أنكر القاذف حريته، وكذا لو أنكر حرية نفسه وقال أنا عبد، وعلى حد العبد كان القول قوله. بحر عن الخانية. قوله: (**وإلا**) أي وإن لم يكن المقذوف مسلماً حراً، بأن كان كافراً أو مملوكاً، وكذا من ليس بمحصن إذا قذفه بالزنا فإنه يعزر ويبلغ به غايته كما سيذكره في بابه. قوله: (**البالغ العاقل**) خرج الصبي والمجنون لأنه لا يتصور منهما الزنا، إذ هو فعل محرم، والحرمة بالتكليف.

وفي الظهيرية: إذا قذف غلاماً مراهقاً فادعى الغلام البلوغ بالسن أو بالاحتلام لم يحد القاذف بقوله. بحر. فهذا يستثنى من قولهم: لو راهقا وقالا بلغنا صدقا، وأحكامهما أحكام البالغين. شرنبلالية. قوله: (**العفيف عن فعل الزنا**) زاد الشارح في باب اللعان وتهمته، واحترز به عن قذف ذات ولد ليس له أب معروف، ويأتي أنه لا يحد قاذفها لأن التهمة موجودة، فينبغي ذكر هذا القيد هنا، ولم أر من ذكره.

ثم اعلم أن الزنا في الشرع أعم مما يوجب الحد وما لا يوجبه وهو الوطء في غير الملك وشبهته، حتى لو وطىء جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا، فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحد به كما قدمناه عن الفتح أول الحدود.

وأما لو وطىء جاريته قبل الاستبراء فليس بزنا، لأنه في حقيقة الملك كوطء زوجته الحائض. وإنما هو وطء محرم لعارض، والزنا لا بد أن يكون وطأً محرماً لعينه كما يأتي بيانه عند قوله: «أو رجل وطىء في غير ملكه» ولهذا قال مسكين. قوله عفيفاً عن الزنا احتراز عن الوطء الحرام في الملك، فإنه لا يخرج الواطىء عن أن يكون عفيفاً اهـ. فما قيل إنه لا يصح أن يراد بالزنا هنا المصطلح ولا غيره، غير صحيح، فافهم. قوله: (**فينقص عن إحصان الرجم بشيئين**) الأولى شيئين بدون الباء الجارة لأن

وبقي من الشروط أن لا يكون ولده أو ولد ولده أو أخرس أو مجبوباً أو خصياً أو وطىء بنكاح أو ملك فاسد أو هي رتقاء أو قرناء وأن يوجد الإحصان وقت الحد؛ حتى لو ارتد سقط حد القاذف ولو أسلم بعد ذلك. فتح (بصريح الزنا) ومنه: أنت أزنى من فلان أو مني.

نقص يتعدى بنفسه. أفاده ط. هذا، وقدمنا أن شروط الإحصان تسعة فتدبره. قوله: (وبقي من الشروط الخ) قلت: بقي منها أيضاً عشر ما في شرح الوهبانية: أن لا يكون أم ولده الحرة الميتة، وأن لا يكون أم عبده الحرة الميتة، وأن يطالب المقذوف الحد، وأن لا يموت قبل أن يحد القاذف، لأن الحدود لا تورث. قوله: (أن لا يكون) أي المقذوف ولد القاذف. قوله: (أو أخرس) لأنه لا بد فيه من الدعوى، وفي إشارة الأخرس احتمال يندرىء به الحد. قوله: (أو مجبوباً) هو مقطوع الذكر والأنثيين جميعاً كما سيذكره في باب العنين، ولا يخفى أن مقطوع الذكر وحده مثله اهـ ح. ووجهه أن الزنا منه لا يتصور فلم يلحقه عار بالقذف لظهور كذب القاذف. تأمل. قوله: (أو خصياً) بفتح الخاء: من سلت خصيتاه وبقي ذكره، والشارح تبع في التعبير به صاحب النهر، وهو وهم سرى من ذكر المجبوب لتقاربهما في الخط. قال في المحيط: بخلاف ما لو قذف خصياً أو عنيناً، لأن الزنا منهما متصور لأن لهما آلة الزنا اهـ ح. قوله: (أو ملك فاسد) كذا في شرح الوهبانية عن النتف، وتبعه المصنف في المنح؛ وهو خلاف نص المذهب. ففي كافي الحاكم: رجل اشترى جارية شراء فاسداً فوطئها ثم قذفه إنسان قال: على قاذفه الحد اهـ. ومثله في القهستاني، وكذا في الفتح قال: لأن الشراء الفاسد يوجب الملك، بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك، فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه اهـ. ونحوه في ح عن المحيط.

قلت: وقد يجاب بأن المراد بالملك الفاسد ما ظهر فيه فساد الملك بالاستحقاق، ففي الخانية: اشترى جارية فوطئها ثم استحقت فقذفه إنسان لا يحد. قوله: (حتى لو ارتد) وكذا لو زنى أو وطىء وطئاً حراماً أو صار معتوهاً أو أخرس أو عمي كذلك ثم يحد القاذف كافي الحاكم.

تنبيه: ذكر في النهر عن السراجية أنه لو قذف خنثى بلغ مشكلاً لا يحد. قال: ووجهه أن نكاحه موقوف وهو لا يفيد الحل اهـ.

واعترضه الحموي بأنه لا دخل للنكاح البات المفيد للحل في إيجاب حد القذف حتى يترتب على عدمه عدم وجوب الحد، وإنما ذلك في حد الزنا بالرجم اهـ.

قلت: مراد النهر أن الخنثى لو تزوج ودخل فقذفه آخر لا يحد لأنه وطء في غير ملكه، إذ لا يصح النكاح إلا إذا زال الإشكال. قوله: (بصريح الزنا) بأي لسان كان.

على ما في الظهيرية، ومثله النيك، كما نقله المصنف عن شرح المنار. ولو قال: يا زانئ بالهمز لم يحد. شرح تكملة (أو) بقوله (زنأت في الجبل) بالهمز فإنه مشترك بين الفاحشة والصعود، وحالة الغضب تعين الفاحشة (أو لست

تم بالالية ونحوها. واحترز عما لو قال وطئك فلان وطئاً حراماً أو جامعك حراماً فلا حد. بحر. وكذا لو قال فجرت بفلانة أو عرّضني فقال لست بزان كما في الكافي. وفيه: وإن قال قد أخبرت بأنك زان أو أشهدني رجل على شهادته إنك زان، أو قال اذهب فقل لفلان إنك زان فذهب الرسول فقال له ذلك عنه لم يكن في شيء من ذلك حد. (قوله: على ما في الظهيرية) ويخالفه ما في الفتح عن المبسوط: أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه. وعلله في الجوهرة بأن معناه أنت أقدر الناس على الزنا. ونقل في الفتح أيضاً عن الخانية أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد، وفي أنت أزنى مني لا حد عليه اهـ.

قلت: ووجه ما في الظهيرية ظاهر لأن فيه النسبة إلى الزنا صريحاً. وما في المبسوط ناظر إلى احتمال التأويل، وما في الخانية من التفرقة مشكل، وقد يوجه بأن قوله أنت أزنى من فلان فيه نسبة فلان إلى الزنا وتشريك المخاطب معه في ذلك القذف، بخلاف أنت أزنى مني لأن فيه نسبة نفسه إلى الزنا وذلك غير قذف فلا يكون قذفاً للمخاطب لأنه تشريك له فيما ليس بقذف. (قوله: عن شرح المنار) أي لابن ملك في بحث الكناية اهـ.

قلت: ومثله في المغرب حيث قال: النيك من ألفاظ الصريح في باب الزنا، ومنه حديث ماعز «أنكتها؟ قال: نعم»[1]. (قوله: لم يحد) الظاهر أن ذكر «لم» سبق قلم. قال في المحيط: ولو قال لغيره: يا زانئ برفع الهمزة، ذكر في الأصل أنه إذا قال عنيت به الصعود على شيء أنه لا يصدق ويحد من غير ذكر خلاف، لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه، لأن هذه الكلمة مع الهمز إنما يراد به الصعود إذا ذكر مقروناً بمحل الصعود، يقال: زنأ في الجبل وزنأ في السطح، أما غير مقرون بمحل الصعود إنما يراد به الزنا، إلا أن العرب قد تهمز الملين وقد تلين المهموز، فقد نوى ما لا يحتمله فلا يصدق اهـ ح.

قلت: وقوله من غير ذكر خلاف صريح بالخلاف في كافي الحاكم فقال: وقال محمد: لا حدّ عليه، ومثله في الخانية، فما ذكره الشارح قول محمد، فافهم. (قوله: أو بقوله زنأت في الجبل) أي وإن قال عنيت به الصعود خلافاً لمحمد فلا يحد عنده لأنه

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/ ١٣٥(٦٨٢٤).

لأبيك) ولو زاد ولست لأمك أو قال لست لأبويك فلا حد (أو لست بابن فلان: لأبيه) المعروف به (و) الحال أن (أمه محصنة) لأنها المقذوفة في الصورتين، إذ المعتبر إحصان المقذوفة لا الطالب. شمني (في غضب) يتعلق بالصور الثلاث (بطلب المقذوف) المحصن

حقيقة في المصعود عنده. قوله: (بالهمز) فلو أتى بالياء المثناة حد اتفاقاً، وكذا لو حذف الجبل كما أفاده في غاية البيان؛ ولو قال عن الجبل، قيل لا يحد وجزم في المبسوط بأنه يحد. قال في الفتح: وهو الأوجه، لأن حالة الغضب تعين تلك الإرادة وكونها فوقه، وتعين الصعود مسلم في غير حالة السباب. نهر. وفي البحر عن غاية البيان: وهو المذهب عنده. قوله: (فلا حد) للكذب، ولأن فيه نفي الزنا لأن نفي الولادة نفي لشرطه. بحر. وكذا لو نفاه عن أمه فقط للصدق لأن النسب ليس لأمه. بحر. قوله: (لأبيه المعروف) أي الذي يدعى له، وكذا لست من ولد فلان أو لست لأب أو لم يلدك أبوك، بخلاف لست من ولادة فلان فإنه ليس بقذف. بحر عن الظهيرية. وبه علم أن التقييد بأبيه المعروف احتراز عما لو نفاه عن شخص معين غير أبيه لا عما لو نفاه عن أب مطلق شامل لأبيه وغيره. قال في البحر: وأشار المصنف إلى أنه لو قال إنك ابن فلان لغير أبيه فالحكم كذلك من التفصيل اهـ. قوله: (لأنها المقذوفة في الصورتين) لأن نفي نسبه من أبيه يستلزم كونه زانياً، فلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا. نهر ونحوه في الفتح.

قلت: وفيه نظر، بل يستلزم كون المقذوف هو الأم وحدها كما صرح به أولاً، أما زنا الأب فغير لازم لأنه إذا ولد على فراش أبيه وقد نفى القاذف نسبه عن أبيه لزم منه أن أمه زنت برجل آخر، لأن المراد بالأب أبوه المعروف الذي يدعى له كما مر؛ نعم يصح ذلك لو أريد بالأب من خلق هو من مائه فحينئذ يكون قذفاً للأم ولمن علقت به من مائه لا للأب المعروف، لكنه يخالف قوله قبله: لأبيه المعروف هذا ما ظهر لي فتأمله. قوله: (لا الطالب) هو الذي يقع القدح في نسبه كما يأتي، والمراد به هنا الابن، وهذا إذا كانت المقذوفة ميتة، فلو حية فالطالب هي، وعلى كل فالشرط إحصانها لا إحصان ابنها. قوله: (في غضب) إذ في الرضا يراد به المعاتبة بنفي مشابهته له في أسباب المروءة. هداية. قوله: (يتعلق بالصور الثلاث) فيه رد على البحر، حيث لم يقيده بالغضب في الثانية بل أطلق فيها تبعاً لظاهر عبارة الهداية، لكن أوّلها الشراح فأجروا التفصيل في الكل. وذكر في شرح الوهبانية أنه ظاهر المذهب والاعتماد عليه، وتمام تحقيقه في النهر. قوله: (بطلب المقذوف المحصن) لعل المراد به المحصن في نفس الأمر، وإلا فاشتراط الإحصان علم مما مر، فيكون إشارة إلى ما بحثه في القنية

لأنه حقه (ولو) المقذوف (غائباً) عن مجلس القاذف (حال القذف) وإن لم يسمعه أحد. نهر. بل وإن أمره المقذوف بذلك. شرح تكملة (وينزع الفرو والحشو فقط) إظهاراً للتخفيف باحتمال صدقه، بخلاف حد شرب وزنا (لا) يحد (بلست بابن فلان جده) لصدقه

حيث نقل أنه إذا كان غير عفيف في السر له مطالبة القاذف ديانة، ثم قال: وفيه نظر، لأنه إذا كان زانياً لم يكن قذفه موجباً للحد، وأيده في النهر بأن رفع العار غير لازم وإلا لامتنع عفوه عنه وأجبر على الدعوى، وهو خلاف الواقع اهـ.

قلت: بل في التاترخانية: ويحسن أن لا يرفع القاذف إلى القاضي ولا يطالبه بالحد، ويحسن من الإمام أن يقول له قبل الثبوت: أعرض عنه ودعه اهـ. فحيث كان الطلب غير لازم، بل يحسن تركه فكيف يحل طلبه ديانة إذا كان القاذف صادقاً. قوله: (لأنه حقه) عبارة النهر: لأن فيه حقه من حيث دفع العار عنه اهـ. وهذه العبارة أولى لأن فيه حق الشرع أيضاً، بل هو الغالب فيه كما أوضحه في الهداية وشروحها. قوله: (ولو المقذوف غائباً الخ) ذكر هذا التعميم في التاترخانية نقلاً عن المضمرات، واعتمده في الدرر وقال: ولا بد من حفظه فإنه كثير الوقوع. منح.

قلت: ولعله يشير إلى ضعف ما في حاوي الزاهدي: سمع من أناس كثيرة أن فلاناً يزني بفلانة فتكلم ما سمعه منهم لآخر مع غيبة فلان لا يجب حد القذف لأنه غيبة لا رمي وقذف بالزنا، لأن الرمي والقذف به إنما يكون بالخطاب كقوله يا زاني أو يا زانية. قوله: (حال القذف) احترازاً عن حال الحد، لما في البحر عن كافي الحاكم: غاب المقذوف بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر لاحتمال العفو اهـ. وسيأتي عقبه للشارح. قوله: (وإن لم يسمعه أحد نهر) لم أره في النهر هنا، وإنما ذكره أول الباب عن البلقيني الشافعي، وقدمنا الكلام عليه. قوله: (وإن أمره المقذوف بذلك) أي بالقذف، لأن حق الله تعالى فيه غالب ولذا لم يسقط بالعفو كما يأتي، بخلاف ما لو قال لآخر اقتلني فقتله حيث يسقط القصاص لأنه حقه، ويصح عفوه عنه. قوله: (وينزع عنه الفرو والحشو) لأنهما يمنعان وصول الألم. ومقتضى هذا أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع. والظاهر أنه إن كان فوق قميص نزع لأنه يصير مع القميص كالحشو أو قريباً منه، كذا في الفتح. قوله: (بخلاف حد شرب وزنا) فإنه فيهما يجرد من ثيابه كما مر. قوله: (لصدقه) لأن معناه الحقيقي نفي كونه مخلوقاً من مائه. واعترضهم في الفتح بأن في نفيه عن أبيه احتمال هذا مع احتمال المجاز وهو نفي المشابهة، وقد حكموا حالة الغضب فجعلوها قرينة على إرادة المعنى الثاني المجازي. ونفيه عن جده له معنى مجازي أيضاً وهو نفي المشابهة، ومعنى آخر وهو نفي كونه أباً أعلى له بأن لا يكون أبوه

(ونسبته إليه أو إلى خاله أو إلى عمه أو رابه) بتشديد الباء: مربيه ولو غير زوج أمه. زيلعي. **لأنهم آباء مجازاً (ولا بقوله يا ابن ماء السماء) وفيه نظر.** ابن كمال

مخلوق من مائه بل زنت به جدتك، وحالة الغضب تعين هذا الأخير، إذ لا معنى لإخباره في حالة الغضب بأنك لم تخلق من ماء جدك، ولا مخلص إلا أن يوجد إجماع فيه على نفي التفصيل كالإجماع على ثبوته هناك اهـ. ملخصاً.

قلت: وقد يجاب بالفرق، وهو أن نفيه عن أبيه قذف صريح لأنه المعنى الحقيقي، وحالة الغضب تنفي احتمال المجاز وهو المعاتبة بنفي المشابهة في الأخلاق، فقد ساعدت القرينة الحقيقة، بخلاف نفيه عن جده فإن معناه الحقيقي ليس قذفاً بل هو صدق، لكن القرينة وهي حالة الغضب تدل على إرادة القذف، فيلزم منه العدول عن الحقيقة إلى المجاز لإثبات الحد، وهو خلاف القاعدة الشرعية من أنه يحتاط في درئه لا في إثباته، على أنه لا مانع من أن يأتي في حالة الغضب بكلام موهم للشتم والسب بظاهره ويريد به معناه الحقيقي، احتيالاً لدرء الحد عنه، وصيانة ديانته من إرادة المنكر والزور الذي هو من السبع الموبقات، بل حال المسلم يقتضي ذلك، بخلاف نفيه عن أبيه، فإنه قذف صريح بحقيقته مع زيادة القرينة كما قلنا، ففي العدول عنه تفويت حق المقذوف بلا موجب، هذا ما ظهر لي، فتدبره. قوله: (ونسبته إليه) أي إلى جده بأن قال له أنت ابن فلان لجده. قوله: (لأنهم آباء مجازاً) أما الجد فلأنه الأب الأعلى؛ وأما الخال فلما أخرجه الديلمي في الفردوس عن ابن عمر مرفوعاً «الخَالُ وَالِدُ مَنْ لا وَالِدَ لَهُ». وأما العم، فلقوله تعالى: ﴿وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] فإن إسماعيل كان عماً ليعقوب عليهم السلام. وأما الراب فللتربية. وقيل في قول نوح: ﴿إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي﴾ [هود: ٤٥] إنه كان ابن امرأته. أفاده في الفتح. قوله: (ولا بقوله: يا ابْنَ ماءِ السَّمَاءِ) لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة؛ لأن ماء السماء لقب به عامر بن حارثة الأزدي؛ لأنه في وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كالسماء عطاء وجوداً؛ وتمامه في الفتح. قوله: (وفيه نظر) لأن حالة الغضب تأبى عن قصد التشبيه كما قاله ابن كمال.

قلت: وقد أورد هذا في الفتح سؤالاً. وأجاب عنه بأنه لما لم يعهد استعماله لنفي النسب يمكن أن يجعل المراد به في حالة الغضب التهكم به عليه كما قالوا في قوله لست بعربي، لما لم يستعمل للنفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاء ليس غير اهـ.

قلت: واستعمال مثل ذلك في التهكم سائغ لغة وشائع عرفاً، كما يقال في حال الخصام يا ابن النبي يا ابن الكرام يا كامل يا مؤدب. ونحو ذلك مما لا يقصد حقيقته،

(ولا) بقوله (يا نبطي) لعربي في النهر متى نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها عزر. وفيه: يا فرخ الزنا يا بيض الزنا يا حمل الزنا يا سخلة الزنا قذف، بخلاف يا كبش الزنا أو يا حرام زاده قنية؛ وفيها: لو جحد أبوه نسبه فلا حد (ولا) حد (بقوله لامرأة زنيت ببعير أو بثور أو بحمار أو بفرس) لأنه ليس بزنا شرعاً (بخلاف زنيت ببقرة أو بشاة) أو بناقة أو بحمارة (أو بثوب أو بدراهم) فإنه يحد؛ لأنها لا تصلح للإيلاج فيراد زنيت وأخذت البدل. ولو قيل هذا لرجل فلا حد فافهم.

تنبيه: قال في الفتح: وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب: بخلاف ما إذا لم يكن كذلك. وأقره في البحر والنهر.

قلت: لكن ينبغي تقييده بما إذا لم يكن ذلك الرجل مشهوراً بالكرم ونحوه، وإلا فهو أصل المسألة، إذ لا فرق بين كونه حياً أو ميتاً، ولا خصوصية أيضاً لهذا الاسم، بل مثله كل اسم مشهور بصفة جميلة أو قبيحة، فابن ماء السماء والنبطي مثالان، هذا ما ظهر لي. قوله: (يا نبطي) النبط: جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق، ثم استعمل في أخلاط الناس وعوامهم، والجمع أنباط مثل سبب وأسباب، الواحد نباطي بفتح النون وضمها وبزيادة الألف. مصباح.

تنبيه: في البحر أن ظاهر كلامهم أنه لا يحد في هذه المسائل سواء كان في حالة الغضب أو الرضا. قوله: (في النهر الخ) عبارته: ينبغي أن يعزر به: أي بقوله يا نبطي، لأن النسبة إلى الأخلاق الدنيئة تعمل شتماً في الغضب، ويؤيده ما في المبسوط لو قال لهاشمي لست بهاشمي عزر، وعلى هذا لو نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها. قوله: (وفيه) أي في النهر عن التاتارخانية عن أبي يوسف. قوله: (يا حمل الزنا) الظاهر أنه بالحاء المهملة بقرينة ما قبله وما بعده: وهو ولد الضأن في السنة الأولى؛ والسخلة تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن ساعة تولد، والجمع سخال، ويجمع أيضاً على سخل مثل تمرة وتمر. مصباح. قوله: (قذف) لأن هذه الألفاظ تنبئ عن الولادة فكانت بمعنى يا ولد الزنا. قوله: (بخلاف يا كبش الزنا) لأنه لا ينبئ عن ذلك، أو لأنه يطلق على سيد القوم وقائدهم كما في القاموس. قوله: (يا حرام زاده) لأن معناه المتولد من الوطء الحرام فيعم حالة الحيض، كما سيذكره الشارح مع دفع ما يرد عليه في باب التعزير. قوله: (وفيها) أي في القنية. قوله: (فلا حد) أي على قاذف الولد بقوله يا ولد الزنا. قوله: (لأنه ليس بزنا) لأن الزنا إدخال رجل ذكره. فتح. قوله: (فيراد زنيت وأخذت البدل) أي بلا استئجار. قال في البحر: فإن قيل بل معناه زنيت

لعدم العرف بأخذه للمال (و) إنما (يطلبه بقذف الميت من يقع القدح في نسبه بـ) سبب (قذفه) أي الميت (وهم الأصول والفروع وإن علوا أو سفلوا؛ ولو كان الطالب) محجوباً أو (محروماً من الميراث) بقتل أو رق أو كفر (أو ولد بنت)

بالزهد استؤجرت عليه، فينبغي أن لا يحد في قول أبي حنيفة. قلنا: هذا يحتمل أيضاً فيتقابل المحتملان ويبقى قوله زنيت. قوله: (لعدم العرف بأخذه للمال) هكذا علل في الفتح والنهر، وفيه نظر فإنه كما يحتمل أن يكون هو الآخذ يحتمل أن يكون هو الدافع، بل هو الأظهر بقرينة العرف، وهو أن الرجل يدفع المال بمقابلة الزنا؛ نعم قد يأخذ على اللواطة به بدلاً، لكن الكلام في الزنا، واللواطة غيره، فتأمل؛ ويؤيد ما قلنا ما في البحر: ولو قال لرجل: زنيت ببعير أو ناقة أو ما أشبه ذلك لا حد عليه، لأنه نسبه إلى إتيان البهيمة؛ فإن قال بأمة أو دار أو ثوب فعليه الحد، كذا في الخانية والظهيرية اهـ قوله: (وإنما يطلبه) أي الحد. قوله: (بسبب) متعلق بالقدح. قوله: (وهم الأصول والفروع) شمل الأصول الجد، ولا ينافيه قول الخانية: لو قال جدك زان لا حد عليه، لما في الظهيرية من أنه لا يدري أي جد هو. وفي الفتح: لأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفاً ما لم يعين مسلماً، بخلاف أنت ابن ابن الزاني لأنه قذف لجده الأدنى، وشمل أيضاً الأم فتطالب بقذف ولدها، ويستثنى من الأصول أبو الأم وأم الأم، وما في الفتح عن الخانية من ذكره أبا الأب بدل أبي الأم سبق قلم؛ فإن الموجود في الخانية أبو الأم. وخرج الأخ والعم والعمة والمولى كما في الخانية، أفاد ذلك كله في البحر.

قلت: والمراد بالأخ والعم أخو الميت وعمه. قوله: (محجوباً) كالجد أو ابن الابن مع وجود الأب أو الابن ط. قوله: (أو رق أو كفر) لأنه لا يشترط إحصان الطالب كما مر. قوله: (أو ولد بنت) فله المطالبة بقذف جده، وعن محمد خلافه، والمذهب الأول لأن الشين يلحقه، إذ النسب ثابت من الطرفين. بحر. أي طرف الأب وطرف الأم.

قلت: ويشكل استثناء أبي الأم وأم الأم من الأصول كما مر، فليس لهما الطلب بقذف ولد البنت، وهنا أثبتوا لابن البنت الطلب بقذف أحدهما. ويمكن دفع الإشكال بكون الاستثناء المار مبنياً على قول محمد، فليتأمل.

مطلب في الشرف من الأم

ثم إن المراد بالنسب الجزئية فإنه سبب ثبوت حق المطالبة هنا كما في الفتح، وإلا فالنسب للأب فقط، فليس فيه دليل على أن ابن الشريفة شريف، ولذا قال الشارح في باب الوصية للأقارب من كتاب الوصايا: إن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما في

ولو مع وجود الأقرب أو عفوه أو تصديقه للحوقهم العار بسبب الجزئية، قيد بالميت لعدم مطالبتهم في الغائب لجواز تصديقه إذا حضر.

(قال يا ابن الزانيين وقد مات أبواه فعليه حدّ واحد) للتداخل الآتي ثم موت أبويه ليس بقيد، بل فائدته في المطالبة.

ذكر في آخر المبسوط أن مجنونة قالت لرجل يا ابن الزانيين، فجاء بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فحدها حدّين في المسجد، فبلغ أبا حنيفة فقال: أخطأ في سبعة مواضع: بنى الحكم على إقرار المجنونة، وألزمها الحد، وحدها حدّين، وأقامهما معاً، وفي المسجد، وقائمة، وبلا حضرة وليها. وقال في الدرر: ولم يعرف أن أبويه حيان فتكون الخصومة لهما أو ميتان فتكون الخصومة للابن.

أواخر فتاوى ابن نجيم، وبه أفتى شيخنا الرملي، نعم له مزية في التحفة اهـ. وسيأتي تمامه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: **(ولو مع وجود الأقرب)** مرتبط بقوله: «وإنما يطلبه الفرع» وتخص المساوي بالأولى. قوله: **(للحوقهم العار)** من إضافة المصدر إلى مفعوله، والعار بالرفع فاعل المصدر. ط. قوله: **(بسبب الجزئية)** أي كون الميت جزءاً منهم أو كونهم جزءاً منه. ط. قوله: **(في الغائب)** أي في قذف الغائب، وكذا في الحاضر بالأولى. قوله: **(للتداخل الآتي)** أي في آخر الباب. وأشار إلى أن هذه المسألة من فروع ذلك، فكان المناسب ذكرها هناك. قوله: **(ليس بقيد)** أي في التداخل، فإن عليه حداً واحداً وإن كانا حيين. قوله: **(بل فائدته في المطالبة)** أي في ثبوت المطالبة للابن، بخلاف ما إذا كانا حيين فإن الطلب لهما. ط عن المنح. قوله: **(فجاء بها)** الذي رأيته في المبسوط: فأتى بها، والظاهر أنه مبني للمجهول، لما في التاترخانية وغيرها: إن من مواضع الخطأ أنه ضربها بغير خصم، وهذا يقتضي أن الرجل المذكور لم يرفعها إليه. قوله: **(على إقرار المجنونة)** وإقرارها هدر. مبسوط. قوله: **(وألزمها الحد)** والمجنونة ليست من أهل العقوبة. مبسوط: أي لا يلزمها الحد، ولو ثبت عليها ذلك بالبينة فإلزامها به خطأ من حيث ذاته، وكونه بإقرارها خطأ آخر، فافهم. قوله: **(وحدها حدين)** ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد. مبسوط. قوله: **(وأقامهما معاً)** ومن اجتمع عليه حدان لا يوالي بينهما كما يأتي قريباً. قوله: **(وفي المسجد)** وليس للإمام أن يقيم الحد في المسجد. مبسوط. قوله: **(وقائمة)** وإنما تضرب المرأة قاعدة. مبسوط. قوله: **(وبلا حضرة وليها)** وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها، حتى إذا انكشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عنها. مبسوط. فالمراد بالولي

(اجتمعت عليه أجناس مختلفة) بأن قذف وشرب وسرق وزنى غير محصن (يقام عليه الكل) بخلاف المتحد (ولا يوالي بينها) خيفة الهلاك بل يحبس حتى يبرأ (فيبدأ بحد القذف) لحق العبد (ثم هو) أي الإمام (مخير إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بالقطع) لثبوتهما بالكتاب (ويؤخر حد الشرب) لثبوته باجتهاد الصحابة، ولو فقأ أيضاً بدأ بالفقء ثم بالقذف ثم يرجم لو محصناً ولغا غيرها. بحر.

وفي الحاوي القدسي: ولو قتل ضرب للقذف وضمن للسرقة ثم قتل وترك ما بقي. ويؤخذ ما سرقه من تركته لعدم قطعه. نهر.

(ولا يطالب ولد) أي فرع وإن سفل (وعبد أباه) أي أصله وإن علا (وسيده)

من يحل نظره إليها من زوج أو محرم. قوله: (وقال في الغرر إلخ) ومثله في الفتح والبحر. قوله: (غير محصن) يأتي محترزه قريباً. قوله: (بخلاف المتحد) فإنه يتداخل كما مر آنفاً، ويأتي آخر الباب بيانه. قوله: (ولا يوالي) الظاهر أنه مبني للمجهول ليناسب قوله قبله «يقام عليه الكل» ويحتمل بناؤه للفاعل، وكذا قوله: «فيبدأ» لكنه خلاف المتبادر من عبارة الشارح حيث لم يفسره بالإمام، بل فسر به الضمير البارز فقط، وإلا كان المناسب تقديمه، فافهم. قوله: (لحق العبد) أي لما فيه من حق العبد وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى. قوله: (ولو فقأ) أي فقأ عين رجل. نهر. والذي يظهر أن المراد به ذهاب البصر. رملي: أي لا بإذهاب الحدقة لأنه لا يمكن فيه القصاص؛ إذ المراد أنه لو فعل مع هذه الجنايات ما يوجب القصاص فيما دون النفس من إذهاب البصر ونحوه فيبدأ به لأنه خالص حق العبد، ثم بالقذف لأنه مشوب بحقه. قوله: (لو محصناً) أما لو غير محصن فإنه يخير لأنه يقام عليه الكل، ولا يلغى شيء كما مر. قوله: (ولغا غيرها) هو حدّ السرقة والشرب؛ لأنه محض حق الله تعالى وقد فات محله. قوله: (وضمن للسرقة) يغني عنه ما ذكره بعده، وقيد بالضمان لأنه لا يقطع لأن القطع حقه تعالى. قوله: (وترك ما بقي) أي حد السرقة والشرب كما لو لم يوجد مع القتل غيرهما. قال في النهر: ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل، وترك ما سوى ذلك، لأن المقصود الزجر له ولغيره، وأتم ما يكون باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد اهـ.

وفي أحكام الدين من الأشباه ما نصه: ولم أر إلى الآن ما إذا اجتمع قتل القصاص والردة والزنا، وينبغي تقديم القصاص تقديماً لحق العبد، وما إذا اجتمع قتل الزنا والردة، وينبغي تقديم الرجم لأن به يحصل مقصودهما، بخلاف ما إذا قدم قتل الردة فإنه يفوت الرجم اهـ. قوله: (لعدم قطعه) فإن الضمان إنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد. نهر.

لف ونشر مرتب (بقذف أمه الحرة المسلمة) المحصنة (فلو كان لها ابن من غيره) أو أب أو نحوه (ملك الطلب) في النهر. وإذا سقط عنه الحد عزر؛ بل يشتم ولده يعزر (ولا إرث) فيه خلافاً للشافعي (ولا رجوع) بعد إقرار (ولا اعتياض) أي

قوله: (وعبد) الواو بمعنى «أو» فلذا أفرد الضمير بعده. تأمل. قوله: (أي أصله وإن علا) ذكراً كان أو أنثى، فلا يطالب أباه أو جده وإن علا وأمه وجدته وإن علت. بحر. قوله: (بقذف أمه) أي الميتة. نهر. فلو حية كانت المطالبة لها كما مر. قال في البحر: وأشار إلى أنهما: أي الولد والعبد لا يطالبان بقذفهما بالأولى اهـ: أي بقذف الأب والمولى لهما. قوله: (المحصنة) علم منه أنه لا بد أن تكون حرة. قوله: (أو نحوه) أي كالأم وغيرها مما يقع القدح في نسبه كما مر بيانه. قوله: (ملك الطلب) أي حيث لم يكن مملوكاً للقاذف، فسقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين. بحر. وقيد بقوله القاذف بأنه لو كان مملوكاً لغيره له الطلب، كما أفاده أبو السعود الأزهري. قوله: (عزر) ذكره في النهر بحثاً أخذاً مما في القنية لو قال لآخر يا حرامي زاده لا يحد، ولو قاله الولد لوالده يعزر، فإذا وجب التعزير بالشتم فالقذف أولى؛ فقوله في البحر: وفي نفسي منه شيء لتصريحهم بأن الوالد لا يعاقب بسبب ولده، فإذا كان القذف لا يوجب عليه شيئاً فالشتم أولى مما ممنوع. نهر.

ووجه المنع أن الأولوية بالعكس كما علمته، ولا يلزم من سقوط الحد بالقذف سقوط التعزير به لسقوط الحد بشبهة الأبوة لكون الغالب فيه حق الله تعالى، بخلاف التعزير، ولأنه لا يلزم من سقوط الأعلى سقوط الأدنى، لكن لا يخفى أن قولهم لا يعاقب الوالد بسبب ولده يشمل التعزير لأنه عقوبة، فبقي توقف صاحب البحر على حاله. وقد يجاب بأن القاضي لم يعاقبه لأجل ولده بل لمخالفته أمر الله تعالى. قوله: (ولا إرث فيه) أي إذا مات المقذوف قبل إقامة الحد على القاذف أو بعد إقامة بعضه بطل الحد، وليس لوارثه إقامته، وهذا بخلاف ما إذا كان المقذوف ميتاً، فإن الطلب يثبت لأصوله وفروعه أصالة لا بطريق الإرث، وتمامه في البحر. قوله: (خلافاً للشافعي) الأولى ذكره بعد قوله فيه وعنه لأن الخلاف في الكل، ومبنى الخلاف أن الغالب في حد القذف حق الشرع عندنا وعنده حق العبد؛ فعنده يورث ويصح الرجوع عنه والعفو والاعتياض نظراً إلى جانب حق العبد، وعندنا بالعكس نظراً إلى جانب حقه تعالى، وبيان تحقيق ذلك في الفتح. قوله: (ولا اعتياض) مقتضاه أن القاذف إذا دفع شيئاً للمقذوف ليسقط حقه رجع به قال المولى سعدي الدين في حواشي الزيلعي: وهل يسقط الحد إن كان ذلك بعد ما رفع إلى القاضي؟ لا يسقط وإن كان قبله سقط، كذا في فصول العمادي اهـ

قلت: ينبغي أن يكون العفو عن هذا التفصيل، ولا ينافيه قولهم إنه لا يبطل بالعفو

أخذ عوض ولا صلح ولا عفو (فيه. وعنه) نعم لو عفا المقذوف فلا حدّ لا لصحة العفو بل لترك الطلب، حتى لو عاد وطلب حد. شمني ولذا لا يتم الحد إلا بحضرته (قال لآخر يا زاني فقال الآخر) لا (بل أنت حدّا) لغلبة حق الله تعالى فيه (بخلاف ما لو قال له مثلاً يا خبيث فقال بل أنت) لم يعزرا لأنه حقهما وقد تساويا ف(تكافآ) بخلاف ما سيجيء لو تشاتما بين يدي القاضي أو تضاربا لم يتكافآ

لحمله على ما بعد المرافعة. أبو السعود.

أقول: والمنقول خلافه. ففي الخانية: ولا يسقط هذا الحد بالعفو ولا بالإبراء بعد ثبوته، وكذا إذا عفى قبل الرفع إلى القاضي اهـ. قوله: (ولا صلح) فلا يجب المال، وسقوط الحد على التفصيل السابق أفاده المصنف.

وأورد أن الصلح هو الاعتياض فلا وجه لذكره بعده. وأجيب بأن الاعتياض يعم عقد البيع، بخلاف الصلح. ط. قوله: (ولا عفو) فلا يسقط الحد بعد ثبوته، إلا أن يقول المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي، فيظهر أن القذف لم يقع موجباً للحد، لا أنه وقع ثم سقط، وهذا كما إذا صدقه المقذوف. فتح. قوله: (فيه) متعلق برجوع، وقوله: «وعنه» متعلق باعتياض وما بعده، ففيه لفّ ونشر مرتب. قوله: (نعم لو عفا الخ) فيه رد على بعض معاصري صاحب البحر حيث توهم من عدم صحة العفو أن القاضي يقيم الحد عليه مع عفو المقذوف متمسكاً بقول الفتح: لا يصح العفو وبعد. قال في البحر: وهو غلط فاحش، ففي المبسوط: لا يكون للإمام أن يستوفيه، لأن الاستيفاء عند طلبه وقد تركه، إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد، لأن العفو كان لغواً فكأنه لم يخاصم اهـ. قال: فتعين حمل ما في الفتح على ما إذا عاد وطلب اهـ. قوله: (وكذا الخ) دليل آخر لصاحب البحر استدل به على الرد المذكور، وهو ما في كافي الحاكم: لو غاب المقذوف بعد ما ضرب الحد لم يتم الحد إلا وهو حاضر لاحتمال العفو، فالعفو الصريح أولى. قوله: (حدا) أي المبتدي والمجيب، لأن كلاً منهما قذف صاحبه؛ أما الأول فظاهر، وكذا الثاني لأن معناه لا بل أنت زان، إذ هي كلمة عطف يستدرك به الغلط فيصير المذكور في الأول خبراً لما بعد «بل» بحر. ولا يحدان إلا بطلبهما ولو بعد العفو والإسقاط كما مر، وقرره في البحر خلافاً لما يوهمه كلام الفتح. قوله: (لغلبة حق الله تعالى) فلو جعل قصاصاً يلزم إسقاط حقه تعالى وهو لا يجوز. بحر.

قلت: ولعل اشتراط الطلب ولو بعد الثبوت بالنظر إلى ما فيه من حق العبد.

قوله: (مثلاً) أي من كل لفظ غير موجب للحد. قوله: (ما سيجيء) أي في باب التعزير. قوله: (أو تضاربا) أي ولو في غير مجلس القاضي كما يفيده كلام البحر

لهتك مجلس الشرع وتفاوت الضرب (ولو قاله لعرسه) وهو من أهل الشهادة (فردت به حد ولا لعان) الأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالاً للدرء واللعان في معنى الحد، ولذا قالوا لو قال لها يا زانية بنت الزانية بدىء بالحد ليبقى اللعان

والتعطيل المذكور. قوله: (لم يتكافآ) يعزرهما ويبدأ بتعزير المبتدىء منهما لأنه أظلم كما سيجيء. قوله: (لهتك مجلس الشرع) أي هتك احترامه فلم يكن ذلك محض حقهما حتى يعتبر التساوي فيه، وقوله: «وتفاوت الضرب» علة لقوله: «أو تضاربا» ففيه لف ونشر مرتب.

تنبيه: لو تشاتما بين يدي القاضي هل له العفو عنهما؟ قال في النهر: لم أره، والظاهر لا، بخلاف قوله أخذت الرشوة من خصمي وقضيت عليّ، فقد صرحوا بأن له أن يعفو والفرق بين اهـ.

مطلب: هل للقاضي العفو عن التعزير؟

قلت: وفيه نظر، لأنهما إذا تشاتما استويا حقهما لكنهما أخلا بحرمة مجلس القاضي فبقي مجرد حقه فصار بمنزلة قوله أخذت الرشوة فله العفو. يدل عليه ما في الولوالجية: لو تشاتما بين يديه ولم ينتهيا بالنهي، إن حبسهما وعزرهما فهو حسن، لئلا يجترىء بذلك غيرهما فيذهب ماء وجه القاضي، وإن عفى عنهما فهو حسن، لأن العفو مندوب إليه في كل أمر اهـ. وسنذكر في التعزير الاختلاف في أن الإمام هل له العفو والتوفيق لصاحب الفتية بأن له ذلك في الواجب حقاً لله تعالى، بخلاف ما كان لجناية على العبد فإن العفو فيه للمجني عليه، والظاهر أن تشاتمهما عند القاضي. وقوله أخذت الرشوة اجتمع فيه حق الشرع مع حق العبد وهو القاضي، ويرجح فيه حقه فكان حق عبد، كما يفيده كلام الولوالجية، وإلا لم يكن له العفو فتأمل. قوله: (ولو قاله لعرسه) أي لو قال لزوجته يا زانية. قوله: (وهو من أهل الشهادة) قيد به لأنه إذا لم يكن أهلاً لها لا يكون موجب قذفه لعاناً بل حداً فيحد اهـ. ح عن إيضاح الإصلاح لابن كمال: أي فيحد كل منهما بطلبهما، كما لو قاله لغير عرسه وهي المسألة المارّة. قوله: (فردت به) أي بذلك اللفظ بأن قالت بل أنت. قوله: (ولا لعان) لأنها لما حدت في القذف لم تبق أهلاً للعان لأنه شهادة، ولا شهادة للمحدود في قذف. قوله: (الأصل الخ) جواب عما قد يقال لم قدم حدها حتى سقط اللعان مع أنه لو قدم اللعان لا يسقط حد القذف عنها، لأن حد القذف يجري على الملاعنة كما في الفتح. قوله: (واللعان في معنى الحد) استئناف لبيان دخول المسألة تحت هذا الأصل، فافهم. قوله: (ولذا) أي لكونه في معنى الحد. قوله: (بديء بالحد الخ) الأولى أن يقول: فبدىء بالحد.

(ولو قالت) في جوابه **(زنيت بك)** أو معك **(هدرا)** أي الحد واللعان للشك قيد بالخطاب لأنها لو أجابته بأنت أزنى مني حدّ وحده. خانية **(ولو كان)** ذلك **(مع أجنبية حدت دونه)** لتصديقها **(أقرّ بولد ثم نفاه يلاعن وإن عكس حد)** لتكذيب **(والولد فيهما)** لإقراره **(ولو قال ليس بابني ولا بابنك فهدر)** لأنه أنكر الولادة.

(قال لامرأة يا زاني حد اتفاقاً) لأن الهاء تحذف للترخيم **(ولرجل يا زانية لا)** وقال محمد: يحد لأن الهاء تدخل للمبالغة كعلامة. قلنا الأصل في الكلام التذكير.

بنفي اللعان، لأن البداءة بالحد موقوفة على مخاصمة الأم أولاً فيسقط اللعان لأنه بطلت شهادة الرجل. أما لو خاصمت المرأة أولاً فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الأم يحد الرجل للقذف كما في البحر. قوله: **(ولو قالت في جوابه)** أي في جواب قول الزوج لها يا زانية. قوله: **(للشك)** لأنه يحتمل أنها أرادت به ما قبل النكاح فتحد لقذفها، ولا لعان لتصديقها إياه أو ما كان معه بعد النكاح، وأطلقت عليه زنا للمشاكلة فيجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها، والحكم بتعيين أحدهما بعينه متعذر، فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك، حتى لو زال الشك بأن قالت قبل أن أتزوجك أو كانت أجنبية حدت فقط وهو ظاهر اهـ. نهر وغيره. قوله: **(قيد بالخطاب)** أي بكاف الخطاب فافهم. قوله: **(حد وحده)** في بعض النسخ حد وحدت، وهو تحريف لأن الذي في الخانية أن قوله أنت أزنى مني ليس بقذف لما قدمناه من أن معناه أنت أقدر على الزنا؛ نعم على ما مر عن الظهيرية من أنه قذف تحد هي أيضاً. وقد يقال: إن الحد عليها وحدها، لأنه إذا كان قذفاً يكون تصديقاً له في أنها زانية على ما هو الأصل في أفعل التفضيل من اقتضائه المشاركة والزيادة. تأمل. قوله: **(ولو كان ذلك)** أي المذكور من قوله يا زانية وردها بقوله زنيت بك. قوله: **(حدت)** لزوال الشك كما مر. قوله: **(لتصديقها)** علة لقوله «دونه» أي لا يحد هو أيضاً لأنها صدقته. قوله: **(يلاعن)** لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفاً لزوجته فيلاعن. نهر. قوله: **(وإن عكس)** بأن نفاه أولاً ثم أقر به قبل اللعان حد، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفي الولد، لأنه ضروري صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفاً عن الحد، فإذا بطل صير إلى الأصل. قوله: **(لإقراره)** أي سابقاً ولاحقاً، واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد بحر. قوله: **(فهدر)** أي لا يتعلق به حد أو لا لعان. بحر. قوله: **(لأنه أنكر الولادة)** وبه لا يصير قاذفاً، ولذا لو قال لأجنبي لست بابن فلان وفلانة وهما أبواه لا يجب عليه شيء. زيلعي. قوله. **(لأن الهاء تحذف للترخيم)** كما علله في الفتح، وعلله في الجوهرة بأن الأصل في الكلام التذكير. قوله: **(قلنا الأصل الخ)** قد علمت أن هذا

(ولا حد بقذف من لها ولد لا أب له) معروف (في بلد القذف) أو من لاعنت بولد (لأنه أمارة الزنا أو) بقذف (رجل وطىء في غير ملكه بكل وجه) كأمة ابنه (أو بوجه) كأمة مشتركة (أو في ملكه المحرم أبداً كأمة هي أخته رضاعاً) في الأصح لفوات العفة

تعليل المسألة الوفاقية، وعلل لهذه في الجوهرة وغيرها بأنه أحال كلامه فوصف الرجل بصفة المرأة. ونقل في الفتح: ولهما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد، كما لو قذف مجبوباً، وكما لو قال أنت عل للزنا لا يحد، وكون التاء للمبالغة مجاز، بل هي لما عهد لها من التأنيث. ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك. قوله: (في بلد القذف) أي لا في كل البلاد. بحر. وهذا أعم من مجهول النسب، لأنه من لا يعرف له أب في مسقط رأسه. شرنبلالية. قوله: (أو من لاعنت بولد) أي سواء كان حياً أو ميتاً، وهذا إذا قطع القاضي نسب الولد وألحقه بأمه وبقي اللعان، فلو لاعنت بغير ولد أو لاعنت بولد ولم يقطع نسبه أو بطل اللعان بإكذاب الزوج نفسه ثم قذفها رجل وجب الحد. أفاده في البحر. قوله: (لأنه) أي الولد في المسألتين أمارة: أي علامة الزنا فقذفت العفة. قوله: (أو بقذف رجل وطىء في غير ملكه الخ) الأصل فيه أن من وطىء وطأ حراماً لعينه لا يحد قاذفه، لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه، وإن كان محرماً لغيره يحد قاذفه لأنه ليس بزنا، فالوطء في غير ملكه من كل وجه أو من وجه حرام لعينه، وكذا الوطء في الملك، والحرمة مؤبدة بشرط ثبوتها بالإجماع أو بالحديث المشهور عند أبي حنيفة لتكون ثابتة من غير تردد، بخلاف ثبوت المصاهرة بالمس والتقبيل لأن فيها خلافاً، ولا نص فيها بل هي احتياط. أما ثبوتها بالوطء فهو بنص. ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ [النساء: ٢٢] ولا يعتبر الخلاف مع النص، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره، وتمامه في الهداية وشروحها. قوله: (كأمة ابنه) مثل له في الفتح بقوله: كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة، فالموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها، فلا يحد قاذفها لأن الإكراه يسقط الإثم ولا يخرج الفعل عن كونه، فكذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطىء. قوله: (كأمة مشتركة) أي بين الواطىء وغيره. قوله: (أو في ملكه المحرم أبداً) إسناد الحرمة إلى الملك من إسناد ما للمسبب إلى سببه؛ لأن المحرم هو المتعة والملك سببها. واحترز بقوله: «أبداً» عن الحرمة المؤقتة، ويأتي أمثلتها قريباً، وترك اشتراط ثبوت الحرمة بالإجماع. قوله: (في الأصح) احتراز عن قول الكرخي كالأئمة الثلاثة: إنه يحد قاذفه لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية.

وجه الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة، بخلاف حرمة الرضاع فلم يكن المحل قابلاً للحل أصلاً فكيف يجعل حراماً لغيره؟ فتح

(أو) بقذف (من زنت في كفرها) لسقوط الإحصان (أو) بقذف (مكاتب مات عن وفاء) لاختلاف الصحابة في حريته فأورث شبهة.

(وحد قاذف واطىء عرسه حائضاً وأمة مجوسية ومكاتبة ومسلم نكح محرمه في كفره) لثبوت ملكه فيهن، وفي الظهيرية خلافهما.

قوله: (لفوات العفة) تعليل للمسائل الثلاث: أي وإذا زالت العفة زال الإحصان، والنص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات، وفي معناه المحصنين رميه رمي غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه، نعم هو محرم يعد بالتوبة فيعزر. فتح. قوله: (أو بقذف من زنت في كفرها) الأنوثة غير قيد كما في الفتح، وأطلقه فشمل الحربي والذمي، وما إذا كان الزنا في دار الإسلام أو في دار الحرب، وما إذا قال له زنيت وأطلق ثم أثبت أنه زنى في كفره أو قال له زنيت وأنت كافر فهو كما قال لمعتق زنيت وأنت عبد. بحر. وما ذكره من شمول الإطلاق والإسناد إلى وقت الكفر هو المتبادر من إطلاق المصنف كالكنز والهداية والزيلعي والاختيار وغيرهم. ويخالفه ما في الفتح من أن المراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت كافرة، كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت أمة فلا حد عليه، لأنه إنما أقر أنه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يحد، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام عليه الحد حداً لا الرجم، ولا يسقط الحد بالإسلام، وكذا العبد اهـ. وتبعه في الشرنبلالية. ومقتضاه أنه لو قال زنيت وأطلق يحد، إلا أن يقال: إنه يحد مع الإطلاق إذا لم يكن زناه في كفره ثابتاً، فلو كان ثابتاً لا يحد، ولذا قيده في البحر بقوله: ثم أثبت أنه زنى في كفره، وهو المفهوم من كلام المصنف كغيره حيث جعل موضوع المسألة قذف من زنت في كفرها، فمقتضاه ثبوت الزنا في حال كفرها. وأما لو قال قذفتك وأنت أمة فلا يحتاج إلى ثبوت زناها لما مر من التعليل. قوله: (مات عن وفاء) وكذا لو مات عن غير وفاء بالأولى لموته عبداً. بحر. قوله: (في حريته) أي التي هي شرط الإحصان. (وحد الخ) شروع في محترز قوله: أو في ملكه المحرم أبداً، فإن الحرمة في هذه المذكورات مؤقتة، ومثل الحائض المظاهر منها والصائمة صوم فرض، ومثل الأمة المجوسية الأمة المتزوجة والمشتراة شراء فاسداً، لأن الشراء الفاسد يوجب الملك، بخلاف المنكوحة نكاحاً فاسداً فإن الملك لا يثبت فيه فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه كما في الفتح. قوله: (ومسلم) بالجر وفي بعض النسخ «ومسلماً» بالنصب، فالأول عطف على لفظ واطىء والثاني على محله. قوله: (لثبوت ملكه فيهن) أي في هذه المسائل، ففي بعضها ملك نكاح وفي بعضها ملك يمين، وحرمة المتعة فيها لسبب مؤقتة بل مؤقتة كما علمت فكان الوطء فيها حراماً لغيره لا لعينه فلم يكن زناً؛ لأن الزنا ما كان

(و) حد (مستأمن قذف مسلماً) لأنه التزم إيفاء حقوق العباد (بخلاف حد الزنا والسرقة) لأنهما من حقوق الله تعالى المحضة كحد الخمر. وأما الذمي فيحد في الكل إلا الخمر. غاية. لكن قدمنا عن المنية تصحيح حده بالسكر أيضاً. وفي السراجية: إذا اعتقدوا حرمة الخمر كانوا كالمسلمين؛ وفيها: لو سرق الذمي أو زنى فأسلم إن ثبت بإقراره أو بشهادة المسلمين حد، وإن بشهادة أهل الذمة لا (أقرّ القاذف بالقذف فإن أقام أربعة على زناه) ولو في كفره لسقوط إحصانه كما مر (أو أقرّ بالزنا) أربعاً (كما مر) عبارة الدرر: أو إقراره بالزنا، فيكون معناه: أو أقام بينة على إقراره بالزنا،

بلا ملك. قوله: (وفي الظهيرة خلافهما) وأصله أن تزوج المجوسي له حكم الصحة عنده، وحكم البطلان عندهما. غاية البيان. قوله: (مستأمن)[1] بكسر الميم الثانية كما يأتي في بابه. قوله: (لأنه التزم الخ) أي وحد القذف فيه حق العبد كما مر. قوله: (بخلاف حد الزنا والسرقة) أي فلا يلزمه خلافاً لأبي يوسف. قوله: (فيحد في الكل) أي اتفاقاً قوله (غاية) أي غاية البيان. قوله: (لكن الخ) استدراك على قوله: «إلا الخمر» فإنه بإطلاقه شامل لما إذا سكر منه، فافهم. قوله: (أيضاً) أي كما يحد للزنا والسرقة، لكن قدمنا أن المذهب أنه لا يحد. قوله: (وفي السراجية الخ) تقييد لقوله: «إلا الخمر». قوله: (حد) أي إذا لم يتقادم على ما مر بيانه في الباب السابق. قوله: (لا) أي لا يحد، لأن شهادتهم قامت على مسلم فلم تقبل. قوله: (على زناه) أي زنا المقذوف. قوله: (لسقوط إحصانه) لا محل لذكره هنا، لأن جواب المسألة هو قول المصنف حد المقذوف، فالكلام في حد المقذوف لا في حد القاذف؛ وقدمنا قريباً عن الفتح أن الزنا يتحقق من الكافر ويقام عليه حد الجلد لا الرجم، ولا يسقط الحد بالإسلام، وقدمه الشارح أيضاً عند بيان شروط الإحصان؛ نعم هذا التعليل يناسب سقوط الحد عن القاذف، وإذا كان جواب المسألة حد المقذوف يلزم منه سقوط الحد عن القاذف فلم يكن التعليل خارجاً عن المناسبة من كل وجه، كيف والباب معقود لحد القاذف دون المقذوف، فافهم. قوله: (كما مر) أي نظير ما مر من كونه في أربعة

---

(١) إذا قذف الكافر الذمي مسلماً وجب عليه الحد كاملاً عند الحنفية والمالكية. وأما الحنابلة ففي مذهبهم روايتان: أحدهما يجب عليه الحد؛ لأن المسلم يعير بنفيه العار [illegible] والقاذف الذمي ملتزم لأحكام الإسلام فيقام عليه ما يقام على المسلمين.

وثانيهما: أنه لا يقام عليه حد القذف ولكن يقتضي [illegible] وهو ظاهر المذهب. وعند الشافعية يقتل القاذف حداً، وقيل: يحد تعزيراً [illegible]

وقد حرر في البحر أن البينة على ذلك لا تعتبر أصلاً ولا يعوّل عليها، لأنه إن كان منكراً فقد رجع فتلغو البينة، وإن كان مقراً لا تسمع مع الإقرار إلا في سبع مذكورة في الأشباه ليست هذه منها، فلذا غير المصنف العبارة، فتنبه (**حد المقذوف**) يعني إذا لم تكن الشهادة بحد متقادم كما لا يخفى (**وإن عجز**) عن البينة للحال (**واستأجل لإحضار شهوده في المصر يؤجل إلى قيام المجلس، فإن عجز حدّ، ولا يكفل ليذهب لطلبهم بل يحبس ويقال ابعث إليهم**) من يحضرهم؛ ولو

مجالس. قوله: (**وقد حرر في البحر الخ**) أي في باب حد الزنا، وذكر مثله هنا في الشرنبلالية عن البدائع.

والحاصل أن تعبير الدرر بالإقرار لا يناسب قوله: «حد المقذوف» وإنما يناسب لو قال سقط الحد عن القاذف وهو الأولى، لأن الباب معقود له لا لحد المقذوف. قال في الفتح: فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد، وعن الثلاثة: أي الرجل والمرأتين، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا اهـ. ونحوه ما يذكره الشارح قريباً عن الملتقط، فقوله لا تعتبر أصلاً الخ: أي بالنسبة إلى حد المقذوف.

مطلب: لا تسمع البينة مع الإقرار إلا في سبع

قوله: (**لا تسمع مع الإقرار إلا في سبع**) في وارث مقرّ بدين على الميت فتسمع للتعدي: أي تعدي الحكم بالدين إلى باقي الورثة، وفي مدعى عليه أقرّ بالوصاية فبرهن الوصي، وفي مدعى عليه أقرّ بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعاً للضرر. وفي الاستحقاق: إذا أقرّ المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبي فأقرّ لا يخرج عن الخصومة فتسمع البينة عليه، بخلاف الوصي وأمين القاضي، وفيما لو أقر الوارث للموصى له، وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فبرهن الأول على المؤجر تقبل وإن كان مقراً له اهـ. ملخصاً. قوله: (**حد المقذوف**) أي دون القاذف كما علمت وترك التصريح به لظهوره. قوله: (**بحد متقادم**) تقدم بيانه في باب الشهادة على الزنا. قوله: (**وإن عجز عن البينة للحال الخ**) أما لو أقام شاهدين لم يزكيا أو شاهداً واحداً وادعى أن الثاني في المصر فإنه يحبسه ثلاثة أيام للتزكية أو لإحضار آخر كما قدمناه أول الباب. قوله: (**إلى قيام المجلس**) أي مقدار قيام القاضي من مجلسه. فتح. قوله: (**ولا يكفل الخ**) لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي، فلا يكون له أن يؤخر الحد لتضرر المقذوف بتأخير دفع العار عنه وإلى آخر

أقام أربعة فساقاً أنه كما قال درئ الحد عن القاذف والمقذوف والشهود ملتقط.

(ويكتفي بحدّ واحد لجنايات اتحد جنسها، بخلاف ما اختلف) جنسها كما بيناه، وعمّ إطلاقه ما إذا اتحد المقذوف أم تعدد بكلمة أم كلمات في يوم أم أيام طلب كلهم أم بعضهم، وما إذا حدّ للقذف إلا سوطاً ثم قذف آخر في المجلس فإنه يتم الأول، ولا شيء للثاني للتداخل؛

المجلس قليل لا يتضرر. وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد: يكفل، فلذا يحبس عندهما في دعوى الحد والقصاص، ولا خلاف أنه لا يكفل بنفس الحد والقصاص. وكان أبو بكر الرازي يقول: مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس، لأن تسليمه نفسه مستحق عليه، والكفيل بالنفس إنما يطالب بهذا القدر. فتح. قوله: (درئ الحد الخ) لأن الفاسق فيه نوع قصور وإن كان من أهل الأداء والتحمل، ولذا لو قضى بشهادته نفذ عندنا، فيثبت بشهادتهم شبهة الزنى فيسقط الحد عنهم وعن القاذف، وكذا عن المقذوف لاشتراط العدالة في الثبوت. وأما لو كانوا عمياناً أو عبيداً أو محدودين في قذف أو كانوا ثلاثة فإنهم يحدون للقذف دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب كما تقدم في باب الشهادة على الزنا.

قلت: والظاهر أن القاذف يحد أيضاً، لأن الشهود إذا حدوا مع أنهم إنما تكلموا على وجه الشهادة لا على وجه القذف يحد القاذف بالأولى ولم أره صريحاً، وهذا بخلاف شهادة الاثنين على الإقرار كما مر قريباً. قوله: (ويكتفي بحد واحد الخ) أفاد أن الحد وقع بفعل المتكرر، إذ لو حدّ للأول ثم فعل الثاني يحد حداً آخر للثاني سواء كان قذفاً أو زنا أو شرباً كما صرح به في الفتح وغيره. بحر. لكن استثنى ما إذا قذف المحدود ثانياً المقذوف الأول كما يأتي قريباً. قوله: (اتحد جنسها) بأن زنا أو شرب أو قذف مراراً. كنز وكذا السرقة. بحر. قوله: (كما بيناه) أي عند قوله: اجتمعت عليه أجناس مختلفة الخ. قوله: (بكلمة) مثل أنتم زناة. نهر. ومثله يا ابن الزانيين كما مر أول الباب. قوله: (إلا سوطاً) احتراز عما لو تمم الحد ثم قذف رجلاً آخر فإنه يحد ثانياً. قوله: (في المجلس) لم أر من صرح بمحترزه. قوله: (ولا شيء للثاني للتداخل) والأصل أنه متى بقي عليه من الحد الأول شيء فقذف آخر قبل تمامه ضرب بقية الأول ولم يحد للثاني. جوهرة.

وأما إذا قذف فعتق فقذف آخر حد حد العبد فإن آخذه الثاني كمل له ثمانون لوقوع الأربعين لهما. فتح. وفي سرقة الزيلعي قذفه فحد ثم قذفه لم يحد ثانياً؛ لأن المقصود وهو إظهار كذبه ودفع العار حصل بالأول اهـ.

قلت: وقيد ذلك في البحر والنهر بما إذا حضروا جميعاً، لما في المجتبى: لو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانياً حد حداً مستأنفاً، ولو كان ذلك في القذف، فإن حضر الأول والثاني جميعاً أو الأول كمل الأول، ولا شيء للثاني للتداخل، وإن حضر الثاني وحده يجلد حداً مستقبلاً للثاني ويبطل الأول لعدم دعواه اهـ: أي لعدم دعوى الأول تكميل الحد الواجب له لأنه بمنزلة العفو ابتداء، فكما لا يقام له الحد ابتداء إلا بطلبه كذلك لا يكمل له إلا بطلبه، هذا ما ظهر لي؛ فتأمل.

والحاصل أنه إنما يكتفي بتكميل الحد الأول إن طلب المقذوف الأول وحده أو مع الثاني، فلو طلب الثاني وحده: حد له حداً مستقبلاً كحد الزنا والشرب.

وبه علم أن شرط تكميل الأول حضور الأول فقط، وأن التداخل قد يكون بتداخل الثاني فيما بقي من الأول، وقد يكون بتداخل ما بقي من الأول في الثاني وذلك فيما يحد به حداً مستقبلاً كما علمت آنفاً، ومن أيضاً تبين هذا الباب في قول المصنف: «أقيم عليه بعض الحد فهرب وشرب ثانياً يستأنف» مما ظنه بعض المحشين من التعارض بين ما مر وما هنا فهو خطأ لما علمت من اختلاف الموضوع. قوله: (وما إذا قذف الخ) معطوف كسابقه على قوله: «ما إذا عفا». قوله: (فعتق) بابه، للمفعول لأنه لازم لا يتعدى إلا بالهمزة. ط عن ابن الشحنة. قوله. (فإن آخذه الثاني) أي طالبه في أثناء الحد أو بعد تمامه ط. قوله: (ثم قذفه) أي قذف المقذوف أولاً، بخلاف ما إذا قذف شخصاً آخر بعد حده للأول فإنه يحد للثاني كما قدمناه. قوله: (لأن المقصود الخ) قال في البحر: لا يخفى ما فيه فإنه بالحد الأول لم يظهر كذبه في إخبار مستقبل، بل فيما أخبر به ماضياً قبل الحد، ولهذا قال في الفتح: وصار كما لو قذف شخصاً فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا، بأن قال أنا باق على نسبتي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانياً، فكذا هذا؛ أما لو قذفه بزنا آخر حد به اهـ. لكن في الظهيرية: ومن قذف إنساناً فحد، ثم قذفه ثانياً لم يحد.

والأصل فيه ما روي «أن أبا بكرة لما شهد على المغيرة بالزنا وجلده عمر لقصور العدد بالشهادة كان يقول بعد ذلك في المحافل: أشهد أن المغيرة لزان، فأراد

ومفاده أنه لو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه حد ثانياً كما لا يخفى. وأفاد تقييده بالحد أن التعزير يتعدد ألفاظه لأنه حق العبد.

فرع: عاين القاضي رجلاً زنى أو شرب لم يحده استحساناً. وعن محمد يحده قياساً على حد القذف والقود. قلنا: الاستيفاء للقاضي وهو مندوب للدرء بالخبر فلحقه التهمة. حواشي السعدية.

عمر أن يحده ثانياً فمنعه علي، فرجع إلى قوله وصارت المسألة إجماعاً اهـ. فظهر أن المذهب إطلاق المسألة كما ذكره الزيلعي اهـ. ما في البحر. وتبعه في النهر: أي المذهب أنه شامل لما إذا قذفه بعين الزنا الأول أو بزنا آخر، خلافاً لما قاله في الفتح.

قلت: والذي يظهر لي أن الصواب ما في الفتح، وأنه إذا صرح بنسبته إلى زنا غير الأول يحد ثانياً، كما لو قذف شخصاً آخر لأنه لم يظهر كذبه في القذف الثاني، بخلاف ما إذا حد ثم قذفه بالزنا الأول أو أطلق لحمل إطلاقه على الأول، لأن المحدود بالقذف يكرر كلامه بعد القذف لإظهار صدقه فيما حد بسببه كما فعله أبو بكرة، فإن قوله: «أشهد إن المغيرة لزان» لم يرد به زنا آخر، وبه ظهر أن ما في الظهيرية لا ينافي ما في الفتح فلا يصلح للاستدراك به عليه. قوله: (ومفادة الخ) أي مفاد ما مر عن الزيلعي من انتفاء الحد ثانياً حيث اتحد المقذوف أنه لو تعدد يحد، وقدمنا التصريح به عن الفتح وغيره؛ فإذا قذف شخصاً بالزنا فحد له ثم قال له يا ابن الزانية فإنه يحد ثانياً، وإن كانت أم المقذوف ميتة وكان الطلب له لأن الثاني قذف لأمه؛ وكذا يحد بالأولى لو كانت الأم حية فخاصمته. قوله: (إن التعزير يتعدد الخ) جزم به مع أن المصنف قال: لم أر من صرح به لكنه يؤخذ من كلامهم اهـ ط. والمراد التعزير الذي هو حق العبد كما يفيده التعليل، وسيأتي تمام الكلام على ذلك عند قول المصنف في الباب الآتي وهو حق العبد. قوله: (قلنا) أي في وجه الاستحسان بإبداء الفارق وهو أن حد الزنا أو الشرب ليس له مطالب مخصوص فكان استيفاؤه للقاضي ابتداء والقاضي مندوب: أي مأمور بالدرء: أي درء الحد بالستر عليه كما مر في الشاهد للخبر، وهو حديث «مَنْ رَأَى عَوْرَةً فَسَتَرَهَا كَانَ كَمَنْ أَحْيَا مَوْءُودَةً» فإذا أعرض القاضي عما ندب إليه وأراد استيفاؤه لحقته تهمة بذلك، فلم يجز له استيفاؤه؛ بخلاف حد القذف والقود فإن له مطالباً وهو المقذوف وولي المقتول؛ حتى قيل إن إقامة التعزير لصاحبه كالقصاص كما نقله في المجتبى فلم يوجد من القاضي تهمة فيه؛ فكان له استيفاؤه فيما بينه وبين الله تعالى، لأن القضاء ليس شرطاً لاستيفاء القصاص بل للتمكين كما مر قبيل باب الشهادة على الزنا؛ هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل فتأمله؛ والله سبحانه أعلم.

باب التعزير

(هو) لغة التأديب مطلقاً، وقول القاموس: إنه يطلق على ضربه دون الحد غلط. نهر. وشرعاً (تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون سوطاً،

باب التعزير

لما ذكر الزواجر المقدرة شرع في غير المقدرة، وأخرها لضعفها، وألحقه بالحدود مع أن منه محض حق العبد لما أنه عقوبة، وتمامه في النهر. قوله: (هو لغة التأديب مطلقاً) أي بضرب وغيره دون الحد أو أكثر منه. ويطلق على التفخيم والتعظيم، ومنه: ﴿وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ﴾ [الفتح: ٩] فهو من أسماء الأضداد. قوله: (غلط) لأن هذا وضع شرعي لا لغوي، إذ لم يعرف إلا من جهة الشرع، فكيف نسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله؟ والذي في الصحاح بعد تفسيره بالضرب: ومنه سمي ضرب ما دون الحد تعزيراً، فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي، فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما المنقولة لوجود المعنى اللغوي فيها بزيادة، وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس، وقد وقع له نظير ذلك كثيراً وهو غلط يتعين التفطن له اهـ. نهر عن ابن حجر المكي. وأجيب بأنه لم يلتزم الألفاظ اللغوية فقط، بل يذكر المنقولات الشرعية والاصطلاحية، وكذا الألفاظ الفارسية تكثيراً للفوائد، وفيه نظر لأن كتابة موضوع لبيان المعاني اللغوية، فحيث ذكر غيرها كان عليه التنبيه عليه لئلا يوقع الناظر في الاشتباه. قوله: (تأديب دون الحد) الفرق بين الحد والتعزير أن الحد مقدر والتعزير مفوّض إلى رأي الإمام، وأن الحد يدرأ بالشبهات والتعزير يجب معها، وأن الحد لا يجب على الصبي والتعزير شرع عليه. والرابع أن الحد يطلق على الذمي والتعزير يسمى عقوبة له لأن التعزير شرع للتطهير تاترخانية. وزاد بعض المتأخرين أن الحد مختص بالإمام والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحداً يباشر المعصية، وأن الرجوع يعمل في الحد لا في التعزير، وأنه يحبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود في الحد لا في التعزير، وأن الحد لا تجوز الشفاعة فيه وأنه لا يجوز للإمام تركه وأنه قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير، فهي عشرة.

قلت: وسيجيء غيرها عند قوله: «وهو حق العبد». قوله: (أكثره تسعة وثلاثون سوطاً) لحديث «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» وحد الرقيق أربعون فنقص عنه سوطاً. وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار؛ لأن الأصل الحرية فنقص سوطاً في رواية عنه. وظاهر الرواية عنه تنقيص خمسة كما روي عن علي.

وتجب تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالرأي لكنه غريب عن علي، وتمامه في

وأقله ثلاثة) لو بالضرب. وجعله في الدرر على أربع مراتب، وكله مبني على

الفتح. وفي الحاوي القدسي قال أبو يوسف: أكثره في العبد تسعة وثلاثون سوطاً، وفي الحر خمسة وسبعون سوطاً، وبه نأخذ اهـ. فعلم أن الأصح قول أبي يوسف. بحر.

قلت: يحتمل أن قوله: وبه نأخذ، ترجيح للرواية الثانية عن أبي يوسف على الرواية الأولى لكون الثانية هي ظاهر الرواية عنه، ولا يلزم من هذا ترجيح قوله على قولهما الذي عليه متون المذهب مع نقل العلامة قاسم تصحيحه عن الأئمة، ولذا لم يعوّل الشارح على ما في البحر. وعن أبي يوسف أنه يقرب كل جنس إلى جنسه، فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا، وقذف غير المحصن أو المحصن بغير الزنا من حد القذف صرفاً لكل نوع إلى نوعه. وعنه أنه بحسب على قدر عظم الجرم وصغره. زيلعي. قوله: (**وأقله ثلاثة**) أي أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكره القدوري، فكأنه يرى أن ما دونها لا يقع به الزجر، وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الأشخاص، فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوّضاً إلى رأي القاضي، يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله، وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى. زيلعي؛ ونحوه في الهداية. قال في الفتح: فلو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به، وبه صرح في الخلاصة. ومقتضى الأول أنه يكمل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب، فأقل ما يلزم أقله، إذ ليس وراء الأقل شيء، ثم يقتضي أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت أقل ما يجب فلا يجوز نقصه عنها، فلو رأى أنه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين صار أكثره أقل الواجب، وتبقى فائدة تقدير الأكثر بما أنه لو رأى أنه لا ينزجر إلا بأكثر منها يقتصر عليها، ويكمل ذلك الأكثر بنوع آخر وهو الحبس مثلاً. قوله: (**لو بالضرب**) يعني أن تقدير التعزير بما ذكر إنما هو فيما لو رأى القاضي تعزيره بالضرب فليس له الزيادة على الأكثر، فلا ينافي ما يأتي من أن التعزير ليس فيه تقدير بل هو مفوّض إلى رأي القاضي، لأن المراد تفويض نوعه من ضرب ونحوه، كما يأتي. قوله: (**على أربع مراتب**) تعزير أشراف الأشراف، وهم العلماء والعلوية بالإعلام، بأن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا فتنزجر به، وتعزير الأشراف، وهم نحو الدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك. وتعزير الأوساط، وهم السوقة بالجر والحبس. وتعزير الأخساء بهذا كله وبالضرب اهـ. ومثله في الفتح عن الشافي والزيلعي عن النهاية، ويأتي الكلام عليه. والدهاقين: جمع دهقان بكسر الدال وقد تضم وهو معرب يطلق على رئيس القرية، والتاجر ومن له مال وعقار. مصباح. قوله: (**وكله مبني الخ**) أي كل ما ذكر من المراتب الأربعة، ولا يصح أن يرجع إلى ما في المتن

عدم تفويضه للحاكم مع أنها ليست على إطلاقها، فإن من كان من أشراف الأشراف لو ضرب غيره فأدماه لا يكفي تعزيره بالإعلام، وأرى أنه بالضرب صواب **(ولا يفرق الضرب فيه)** وقيل يفرق، ووفق بأنه إن بلغ أقصاه يفرق وإلا لا. شرح وهبانية **(ويكون به و)** بالحبس و **(بالصفع)** على العنق **(وفرك الأذن، وبالكلام العنيف، وبنظر القاضي له بوجه عبوس، وشتم غير القذف)** مجتبى. وفيه عن السرخسي: لا يباح بالصفع لأنه من أعلى ما يكون من الاستخفاف، فيصان عنه أهل القبلة **(لا بأخذ مال في المذهب)** بحر.

أيضاً، لأن ما ذكر فيه من التقدير لا فرق فيه بين القول بالتفويض وعدمه كما علمت، فافهم.

ثم إن ما ذكره من أنه مخالف للقول بالتفويض هو ما فهمه في البحر حيث قال: وظاهره أنه ليس مفوضاً إلى رأي القاضي، وأنه ليس له التعزير بغير المناسب لمستحقه، وظاهر الأول: أي القول بالتفويض أن له ذلك اهـ.

قلت: وفيه كلام نذكره قريباً. قوله: **(فإن من كان الخ)** سنذكر ما يؤيده قريباً. قوله: **(ولا يفرق الضرب فيه)** بل يضرب في موضع واحد لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد، فلو خفف من حيث التفريق أيضاً يفوت المقصود من الانزجار. قوله: **(وقيل يفرق)** ذكره محمد في حدود الأصل، والأول ذكره في أشربة الأصل. قوله: **(ووفق الخ)** فليس في المسألة روايتان، بل اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، وهذا التوفيق مذكور في شروح الهداية والكنز. قوله: **(وإلا لا)** أي إن لم يبلغ الأكثر، بل كان بالأدنى كثلاث ونحوها، لأنه لا يفسد العضو كما في الفتح، وبه علم أن المراد بالأقصى الأكثر أو ما قاربه مما يخشى من جمعه على عضو واحد إفساده، فافهم. قال الزيلعي: ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود. أي كالرأس والمذاكير. قوله: **(ويكون)** أي التعزير به: أي بالضرب الخ وليس مراده حصر أنواعه فيما ذكر كما يفيده قوله الآتي: ويكون بالنفي. عن البدائع.

قلت: ويكون أيضاً بالتشهير والتسويد لشاهد الزور كما سنذكره آخر الباب. قوله: **(وبالصفع)** هو أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال ضربه بجمع كفه. مصباح. قوله: **(فيصان عنه أهل القبلة)** وإنما يكون لأهل الذمة عند أخذ الجزية منهم.

مطلب في التعزير بأخذ المال

قوله: **(لا بأخذ مال في المذهب)** قال في الفتح: وعن أبي يوسف: يجوز التعزير

وفيه عن البزازية: وقيل يجوز، ومعناه أن يمسكه مدة لينزجر ثم يعيده له، فإن أيس من توبته صرفه إلى ما يرى. وفي المجتبى أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ.

(و) التعزير (ليس فيه تقدير، بل هو مفوض إلى رأي القاضي)

للسلطان بأخذ المال. وعندهما وباقي الأئمة: لا يجوز اهـ. ومثله في المعراج، وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف. قال في الشرنبلالية: ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه اهـ. ومثله في شرح الوهبانية عن ابن وهبان. قوله: (وفيه الخ) أي في البحر، حيث قال: وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي. وفي المجتبى لم يذكر كيفية الأخذ، وأرى أن يأخذها فيمسكها، فإن أيس من توبته يصرفها إلى ما يرى. وفي شرح الآثار: التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ اهـ.

والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، وسيذكر الشارح في الكفالة عن الطرسوسي أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال. أي إذا كان يردها لبيت المال. قوله: (والتعزير ليس فيه تقدير) أي ليس في أنواعه، وهذا حسن قوله قبله «ويكون به وبالصفع الخ». قال في الفتح: وبما ذكرنا من تقدم أكثره يعرف ما ذكر من أنه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض إلى رأي الإمام. أي من أنواعه، فإنه يكون بالضرب وبغيره. أما إذا اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين اهـ.

قلت: نعم له الزيادة من نوع آخر: بأن يضم إلى الضرب الحبس كما يذكره المصنف، وذلك يختلف باختلاف الجناية والجاني. قال الزيلعي: وليس في التعزير شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنايتهم، فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية، فينبغي أن يبلغ غاية التعزير في الكبيرة، كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه، وكذا ينظر في أحوالهم، فإن من الناس من ينزجر باليسير، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير. وذكر في النهاية التعزير على مراتب إلى آخر ما مر عن الدرر.

أقول: وظاهر عبارته أن قوله. وذكر في النهاية الخ، بيان لقوله. وكذا ينظر في أحوالهم الخ: أي أن أحوال الناس على أربع مراتب، فلا يكون ما في النهاية والدرر منافيا للقول بالتفويض. وحينئذ فيكون المراد بالمرتبة الأولى وهي أشراف الأشراف من

وعليه مشايخنا. زيلعي، لأن المقصود منه الزجر، وأحوال الناس فيه مختلفة. بحر (ويكون) التعزير (بالقتل كمن) وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له، ولو أكرهها

كان ذا مروءة صدرت منه الصغيرة على سبيل الزلة والندور، فلذا علقوا تعزيره بالإعلام؛ لأنه في العادة لا يفعل ما يقتضي التعزير بما فوق ذلك، ويحصل انزجاره بهذا القدر من التعزير، فلا ينافي أنه على قدر الجناية أيضاً، حتى لو كان من الأشراف لكنه تعدى طوره فتعاطى اللواطة أو وجد مع الفسقة في مجلس الشرب ونحوه لا يكتفى بتعزيره بالإعلام فيما يظهر لخروجه عن المروءة؛ لأن المراد بها كما في الفتح وغيره الدين والصلاح، وسيأتي آخر الباب أنه لو تكرر منه الفعل يضرب التعزير، فهذا صريح في أنه بالتكرار لم يبق ذا مروءة، وهذا مؤيد لما قدمه عن النهر من أنه لو ضرب غيره فأدماه لا يكفي تعزيره بالإعلام اهـ. ثم رأيت في الشرنبلالية مثل ما بحثته؛ حيث قال: ولا يخفى أن هذا، أي الاكتفاء بتعزيره بالإعلام إنما هو مع ملاحظة السبب فلا بد أن يكون مما يليق به أدنى التعزير، كما إذا أصاب من أجنبية غير الجماع اهـ. فهذا صريح في أن من كان من الأشراف يعزر على قدر جنايته، وأنه لا يكتفى فيه بالإعلام إذا كانت جنايته فاحشة تسقط بها مروءته. وقد ثبت بما قلنا عدم مخالفة ما في الدرر للفقه كما زعمه القاضي، وأن المعتبر حال الجناية والجاني، خلافاً لما فهمه في البحر كما قدمناه، فاغتنم هذا التحرير المفرد. قوله: (وعليه مشايخنا) قدمنا عبارة الزيلعي عند قوله: وأقله ثلاثة.

مَطْلَبٌ: يَكُونُ التَّعْزِيرُ بِالْقَتْلِ

قوله: (ويكون التعزير بالقتل) رأيت في الصارم المسلول للحافظ ابن تيمية أن من أصول الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع في غير القبل إذا تكرر فللإمام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى المصلحة في ذلك، ويحملون ما جاء عن النبي ﷺ وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسمونه القتل سياسة.

وكان حاصله أن له أن يعزر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار وشرع القتل في جنسها، ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي ﷺ من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه، وقالوا يقتل سياسة اهـ. وسيأتي تمامه في فصل الجزية إن شاء الله تعالى، ومن ذلك ما سيذكره المصنف من أن للإمام قتل السارق سياسة أي إن تكرر منه. وسيأتي أيضاً قبيل كتاب الجهاد أن من تكرر الخنق منه في المصر قتل به سياسة لسعيه بالفساد، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل. وسيأتي أيضاً في باب الردة أن الساحر أو الزنديق الداعي إذا أخذ قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل، ولو أخذ بعدها قبلت وأن الخناق لا توبة له. وتقدم كيفية تعزير اللوطي بالقتل. قوله: (مع امرأة)

فلها قتله ودمه هدر، وكذا الغلام، وهبانية **(إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح وإلا)** بأن علم أنه ينزجر بما ذكر **(لا)** يكون بالقتل **(وإن كانت المرأة مطاوعة قتلهما)** كذا عزاه الزيلعي للهندواني. ثم قال **(و)** في منية المفتي **(لو كان مع امرأته وهو يزني بها أو مع محرمه وهما مطاوعان قتلهما جميعاً)** اهـ. وأقره في الدرر. وقال في البحر: ومفاده الفرق بين الأجنبية والزوجة والمحرم، فمع الأجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار المزبور، وفي غيرها يحل **(مطلقاً)** اهـ.

ورده في النهر بما في البزازية وغيرها من التسوية بين الأجنبية وغيرها، ويدل عليه تنكير الهندواني للمرأة؛ نعم ما في المنية مطلق فيحمل على المقيد

ظاهره أن المراد الخلوة بها وإن لم ير منه فعلاً قبيحاً كما يدل عليه ما يأتي عن منية المفتي كما نعرفه، فافهم. قوله: **(فلها قتله)** أي إن لم يمكنها التخلص منه بصياح أو ضرب وإلا لم تكن مكرهة، فالشرط الآتي معتبر هنا أيضاً كما هو ظاهر. ثم رأيته في كراهية شرح الوهبانية، ونصه: ولو استكره رجل امرأة لها قتله، وكذا الغلام، فإن قتله فدمه هدر إذا لم يستطع منعه إلا بالقتل اهـ. فافهم. قوله: **(إن كان يعلم)** شرط لقتل الذي تضمنه قوله كمن وجد رجلاً. قوله: **(ومفاده الخ)** توفيق بين العبارتين حيث اشترط في الأولى العلم بأنه لا ينزجر بغير القتل ولم يشترط في الثانية، فوفق بحمل الأولى على الأجنبية والثانية على غيرها. وهذا بناء على أن المراد بقوله في الأولى «مع امرأة» أي يزني بها، ويأتي الكلام عليه. قوله: **(مطلقاً)** زاده المصنف على عبارة المنية متابعة لشيخه صاحب البحر. قوله: **(بما في البزازية وغيرها)** أي كالخانية، ففيها: لو رأى رجلاً يزني بامرأته أو امرأة آخر وهو محصن فصاح به فلم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل له قتله ولا قصاص عليه اهـ. قوله: **(فيحمل على المقيد)** أي يحمل قول المنية قتلهما جميعاً على ما إذا علم عدم الانزجار بصياح أو ضرب.

قلت: وقد ظهر لي في التوفيق وجه آخر، وهو أن الشرط المذكور إنما هو فيما إذا وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له قبل أن يزني بها فهذا لا يحل قتله إذا علم أنه ينزجر بغير القتل، سواء كانت أجنبية عن الواجد أو زوجة له أو محرماً منه. أما إذا وجده يزني بها فله قتله مطلقاً، ولذا قيد في المنية بقوله: وهو يزني، وأطلق قوله: قتلهما جميعاً؛ وعليه فقول الخانية الذي قدمناه آنفاً فصاح به غير قيد، ويدل عليه أيضاً عبارة المجتبى الآتية، ثم رأيت في جنايات الحاوي الزاهدي ما يؤيده أيضاً، حيث قال: رجل رأى رجلاً مع امرأة يزني بها أو يقبلها أو يضمها إلى نفسه وهي مطاوعة فقتله أو قتلهما لا ضمان عليه، ولا يحرم من ميراثها إن أثبته بالبينة أو بالإقرار، ولو رأى رجلاً مع امرأة

ليتفق كلامهم، ولذا جزم في الوهبانية بالشرط المذكور مطلقاً وهو الحق بلا شرط إحصان، لأنه ليس من الحدّ بل من الأمر بالمعروف.

وفي المجتبى: الأصل أن كل شخص رأى مسلماً يزني يحل له أن يقتله، وإنما يمتنع خوفاً من أن لا يصدق أنه زنى (وعلى هذا) القياس (المكابر بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بأدنى شيء له قيمة)

في مفازة خالية أو رآه مع محارمه هكذا ولم ير منه الزنا ودواعيه: قال بعض المشايخ: حلّ قتلهما. وقال بعضهم: لا يحل حتى يرى منه العمل: أي الزنا ودواعيه، ومثله في خزانة الفتاوى اهـ.

وفي سرقة البزازية: لو رأى في منزله رجلاً مع أهله أو جاره يفجر وخاف إن أخذه أن يقهره فهو في سعة من قتله، ولو كانت مطاوعة له قتلهما، فهذا صريح في أن الفرق من حيث رؤية الزنا وعدمها. تأمل. قوله: (مطلقاً) أي بلا فرق أجنبية وغيرها. قوله: (وهو الحق) مفهومه أن مقابله باطل، ولم يظهر من كلامه ما يقتضي بطلانه، بل ما نقله بعده عن المجتبى يفيد صحته، وقد علمت مما قررناه ما يتفق به كلامهم، وأما كون ذلك من الأمر بالمعروف لا من الحد فلا يقتضي اشتراط العلم بعدم الانزجار. تأمل. قوله: (بلا شرط إحصان الخ) رد على ما في الخانية من قوله: وهو محصن، كما قدمناه، وجزم به الطرسوسي. قال في النهر: ورده ابن وهبان بأنه ليس من الحد، بل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو حسن، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقاً في إزالته فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه، ولذا أطلقه البزازي اهـ.

قلت: ويدل عليه أن الحد لا يليه إلا الإمام. قوله: (وفي المجتبى الخ) عزاه بعضهم أيضاً إلى جامع الفتاوى وحدود البزازية.

وحاصله أنه لا يحل ديانة لا قضاء فلا يصدقه القاضي إلا ببينة. والظاهر أنه يأتي هنا التفصيل المذكور في السرقة، وهو ما في البزازية وغيرها إن لم يكن لصاحب الدار بينة، فإن لم يكن المقتول معروفاً بالشر والسرقة قتل صاحب الدار قصاصاً وإن كان متهماً به فكذلك قياساً. وفي الاستحسان: تجب الدية في ماله لورثة المقتول، لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص لا في المال. قوله: (وعلى هذا القياس الخ) هو من تتمة عبارة المجتبى، وأقره في البحر والنهر، ولذا مشى عليه المصنف. قوله: (المكابر) أي الآخذ علانية بطريق الغلبة والقهر. قال في المصباح: كابرته مكابرة: غالبته مغالبة. قوله: (وقطاع الطريق) أي إذا كان مسافراً ورأى قاطع طريق له قتله، وإن لم يقطع عليه بل على غيره، لما فيه من تخليص الناس من شره وأذاه كما يفيده ما

وجميع الكبائر والأعونة والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم. انتهى. وأفتى الناصحي بوجوب قتل كل مؤذ. وفي شرح الوهبانية: ويكون بالنفي عن البلد، وبالهجوم على بيت المفسدين، وبالإخراج من الدار، وبهدمها، وكسر دنان الخمر وإن ملحوها.

يهمه. قوله: (وجميع الكبائر) أي أهلها. والظاهر أن المراد بها المتعدي ضررها إلى الغير، فيكون قوله: والأعونة والسعاة عطف تفسير أو عطف خاص على عام، فيشمل كل من كان من أهل الفساد كالساحر وقاطع الطريق واللص واللوطي والخناق ونحوهم ممن عم ضرره ولا ينزجر بغير القتل. قوله: (والأعونة) كأنه جمع معين أو عوان بمعناه، والمراد به الساعي إلى الحكام بالإفساد، فعطف السعاة عليه عطف تفسير.

وفي رسالة أحكام السياسة عن جمع النسفي: سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعونة والظلمة والسعاة في أيام الفترة؟ قال: يباح قتلهم لأنهم ساعون في الأرض بالفساد، فقيل: إنهم يمتنعون عن ذلك في أيام الفترة ويختفون، قال: ذلك امتناع ضرورة ﴿وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ [الأنعام: ٢٨] كما نشاهد. قال: وسألنا الشيخ أبا شجاع عنه، فقال: يباح قتله ويثاب قاتله اهـ. قوله: (وأفتى الناصحي إلخ) لعل الوجوب بالنظر للإمام ونوابه والإباحة بالنظر لغيرهم ط. قوله: (ويكون بالنفي عن البلد) ومنه ما مر من نفي الزاني البكر. ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله. وفي النهر عن شرح البخاري للعيني أن من آذى الناس ينفى عن البلد. قوله: (وبالهجوم إلخ) من باب قعد: الدخول على غفلة بغتة. قال في أحكام السياسة وفي المنتقى: وإذا سمع في داره صوت المزامير فأدخل عليه لأنه لما سمع الصوت فقد أسقط حرمة داره. وفي حدود البزازية ونصاب النهاية وجنايات الظهيرية: ذكر الصدر الشهيد عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد في داره، حتى لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين. وهجم عمر رضي الله عنه على نائحة في منزلها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها، فقيل له فيه، فقال: لا حرمة لها بعد اشتغالها بالمحرم، والتحقت بالإماء.

وروي أن الفقيه أبا بكر البلخي خرج إلى الرستاق وكانت النساء على شط النهر كاشفات الرؤوس والذراع، فقيل له: كيف فعلت هذا؟ فقال: لا حرمة لهن، إنما الشك في إيمانهن، كأنهن حربيات، وهكذا في جنايات مجمع الفتاوى.

وذكر في كراهية البزازية عن الواقعات الحسامية: ويقدم إيلاء العذر من مظهر الفسق بداره، فإن كف فيها وإلا حبسه الإمام أو أدبه أسواطاً أو أزعجه من داره، إذ الكل يصلح تعزيراً. وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه أحرق بيت الخمار. وعن الصفار الزاهد الأمر بتخريب دار الفسق. قوله: (وإن ملحوها) أي تكسر وإن قال

ولم ينقل إحراق بيته (ويقيمه كل مسلم حال مباشرة المعصية) قنية (و) أما (بعده) ف(ليس ذلك لغير الحاكم) والزوج والمولى كما سيجيء.

فرع: من عليه التعزير لو قال لرجل أقم عليّ التعزير ففعله ثم رفع للحاكم فإنه يحتسب به قنية. وأقره المصنف، ومثله في دعوى الخانية، لكن في الفتح: ما يجب حقاً للعبد لا يقيمه إلا الإمام لتوقفه على الدعوى إلا أن يحكما فيه، فليحفظ.

(ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب) أيضاً (يعزران) كما لو تشاتما بين

أصحابها تلقي فيها ملحاً لأجل تخليلها. وفي كراهية البزازية: قال في العيون وفتاوى السمني: إنه يكسر دنان الخمر، ولا يضمن الكاسر، ولا يكتفي بإلقاء الملح، وكذا من أراق خمور أهل الذمة وكسر دنانها وشق زقاقها إن كانوا أظهروها بين المسلمين لا يضمن، لأنهم لما أظهروها بيننا فقد أسقطوا حرمتها. وفي سير العيون: يضمن إلا إذا كان إماماً يرى ذلك لأنه مختلف فيه، وفي المسلم يضمن الزق.

مسلم في منزله دنّ من خمر يريد اتخاذها خلاً يضمن الدن عند الثاني، وإن لم يرد الاتخاذ لا يضمن عند الثاني. وذكر الخصاف أن الكسر لو بإذن الإمام لا يضمن وإلا يضمن. وأصله فيمن كسر بربطاً لمسلم، والفتوى على قولها في عدم الضمان اهـ.
قوله: (ولم ينقل إحراق بيته) تقدم نقله عن عمر في بيت الخمار، فالمراد أنه لم ينقل عن علمائنا، لكن ما مرّ عن الصفار يفيده. قوله: (ويقيمه الخ) أي التعزير الواجب حقاً لله تعالى لأنه من باب إزالة المنكر، والشارع ولي كل أحد في ذلك حيث قال ﷺ: «مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَراً فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ» الحديث، بخلاف الحدود لم يثبت توليتها إلا للولاة، وبخلاف التعزير الذي يجب حقاً للعبد بالقذف ونحوه، فإنه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه اهـ. قوله: (قنية) هذا العزو لقوله: «حال مباشرة المعصية» وأما قوله: «يقيمه كل مسلم» فقد صرح به في الفتح وغيره. قوله: (وأما بعده الخ) تصريح بالمفهوم. قال في القنية لأنه لو عزره حال كونه مشغولاً بالفاحشة فله ذلك، لأنه نهي عن المنكر وكل واحد مأمور به، وبعد الفراغ ليس بنهي، لأن النهي عما مضى لا يتصور فيتمحض تعزيراً وذلك إلى الإمام اهـ. وذكر قبله أن للمحتسب أن يعزّر المعزر إن عزره بعد الفراغ منها. قوله: (لكن في الفتح الخ) وعليه فما في القنية محمول على ما إذا كان حقاً لله تعالى أو حقاً لعبد وحكماً فيه. قوله: (لا يقيمه إلا الإمام) وقيل لصاحب الحق كالقصاص. وجه الأول أن صاحب الحق قد يسرف فيه غلطاً، بخلاف القصاص لأنه مقدر كما في البحر عن

بدي القاضي ولم يتكافآ كما مر (ويبدأ بإقامة التعزير بالبادىء) لأنه أظلم. قنية. وفي مجمع الفتاوى: جاز المجازاة بمثله في غير موجب حد للإذن به. ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل. والعفو أفضل. فمن عفا وأصلح فأجره على الله. (وصح حبسه) ولو في بيته بأن يمنعه من الخروج منه. نهر (مع ضربه) إذا احتيج لزيادة تأديب (وضربه أشد) لأنه خفف عدداً فلا يخفف وصفاً (ثم حدّ الزنا) لثبوته بالكتاب (ثم حد الشرب) لثبوته بإجماع الصحابة لا بالقياس لأنه لا يجري في الحدود (ثم القذف) لضعف سببه باحتمال صدق القاذف.

المجتبى. قوله: (ولم يتكافآ) عطف على يعزران، وفيه إشارة إلى الجواب عما يوهم من إطلاق قول مجمع الفتاوى الآتي: جاز المجازاة بمثله الخ. والجواب أن ذلك فيما تمحض حقاً لهما وأمكن فيه التساوي، كما لو قال له يا خبيث فقال بل أنت، بخلاف الضرب فإنه يتفاوت، وبخلاف التشاتم عند القاضي فإن فيه هتك مجلس الشرع كما مر في الباب السابق، وقدمنا تمامه. قوله: (جاز المجازاة بمثله) فيه إشارة إلى اشتراط إمكان التساوي وتمحض كونه حقاً لهما كما قلنا، إذ بدون ذلك لا مماثلة. قوله: (إذا احتيج لزيادة تأديب) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها، أو هو في شك من انزجاره به يضم إليه الحبس، لأن الحبس صلح تعزيراً بانفراده، حتى لو رأى أن لا يضرب به ويحبسه أياماً عقوبة فعل. فتح. قال ط. وصح القيد في السفهاء والدعار وأهل الإفساد. حموي عن المفتاح. قوله: (وضربه أشد) أي أشد من ضرب حد الزنا. ويؤخذ من التعليل أن هذا فيما إذا عزر بما دون أكثره، وإلا فتسعة وثلاثون من أشد الضرب فوق ثمانين حكماً فضلاً عن أربعين مع تنقيص واحد من الأشدية فيفوت المعنى الذي لأجله نقص، كذا قاله الشيخ قاسم بن قطلوبغا. شرنبلالية. وإطلاق الأشدية شامل لقوته وجمعه في عضو واحد فلا يفرق الضرب فيه وقد مر الكلام فيه أول الباب، وأشار إلى أنه يجرد من ثيابه كما في غاية البيان ويخالفه ما في الخانية. يضرب التعزير قائماً بثيابه وينزع الفرو والحشو ولا يمد في التعزير اهـ. والظاهر الأول لتصريح المبسوط به. بحر. وتقدم معنى المد في حد الزنا. قوله. (فلا يخفف وصفاً) كي لا يؤدي إلى فوات المقصود. بحر: أي الانزجار. قوله (ثم حد الزنا) بالرفع بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه، والأصل: ثم ضرب حد الزنا. ط. قوله: (لا بالقياس) ردّ على صدر الشريعة كما نبه عليه ابن كمال في هامش الإيضاح. قوله: (لضعف سببه) أي فسببه محتمل وسبب حد الشرب متيقن به وهو الشرب، والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لأنه بالبينة أو الإقرار

(وعزر كل مرتكب منكر أو مؤذي مسلم بغير حق بقول أو فعل) إلا إذا كان الكذب ظاهراً كيا كلب. بحر (ولو بغمز العين) أو إشارة اليد لأنه غيبة كما يأتي في الحظر، فمرتكبه مرتكب محرم، وكل مرتكب معصية لا حد فيها، فيها التعزير. أشباه (فيعزر) بشتم ولده وقذفه و (بقذف مملوك) ولو أم ولد، (وكذا بقذف كافر) وكل من ليس بمحصن (بزنا)

وهما لا يوجبان اليقين. بحر. وهو مأخوذ من الفتح. تأمل. قوله: (وعزر كل مرتكب منكر الخ) وهذا هو الأصل في وجوب التعزير كما في البحر عن شرح الطحاوي.

مطلب: التعزير قد يكون بدون معصية

وظاهره أن المراد حصر أسباب التعزير فيما ذكر مع أنه قد يكون بدون معصية كتعزير الصبي والمتهم كما يأتي، وكنفي من خيف منه فتنة بجماله مثلاً كما مر في نفي عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن حجاج.

وذكر في البحر أن الحاصل وجوبه بإجماع الأمة لكل مرتكب معصية ليس فيها حد مقدر، كنظر محرم ومس محرم وخلوة محرمة وأكل ربا ظاهر اهـ.

قلت: وهذه الكلية غير منعكسة، لأنه قد يكون في معصية فيها حد كزنا غير المحصن فإنه يجلد حداً، وللإمام نفيه سياسة وتعزيراً كما مر في بابه. وروى أحمد أن النجاشي الشاعر جيء به إلى علي رضي الله تعالى عنه وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين، لكن ذكر في الفتح أنه ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان، كما جاء في رواية أخرى أنه قال له: ضربناك العشرين بجراءتك على الله وإفطارك في رمضان اهـ. فالتعزير فيه من جهة أخرى غير جهة الحد. قوله: (إلا إذا كان الكذب ظاهرا الخ) سيأتي الكلام فيه. قوله: (لأنه غيبة) ظاهره لزوم التعزير وإن لم يعلم صاحب الحق، لكن مر عن الفتح أن ما يجب حقاً للعبد يتوقف على الدعوى. قوله: (وكل ما لرتكب معصية) لعله ذكره مع إغناء ما قبله عنه لبعيد أن المراد بالمنكر ما لا حد فيه. قال في الفتح: ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا، ومن معه ركوة خمر، والمفطر في رمضان يعزر ويحبس، وكذا المسلم يبيع الخمر ويأكل الربا. والمغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة، ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، وكذا من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة اهـ. قوله: (فيعزر بشتم ولده) فيه كلام لصاحب البحر تقدم في حد القذف. قوله: (وكل من ليس بمحصن) أي إحصان القذف. ط.

ويبلغ به غايته، كما لو أصاب من أجنبية محرماً غير جماع، أو أخذ السارق بعد جمعه للمتاع قبل إخراجه، وفيما عداها لا يبلغ غايته. ويقذف: أي بشتم (مسلم) ما بـ(يا فاسق إلا أن يكون معلوم الفسق) كمكاس مثلاً أو علم القاضي بفسقه:

وحاصله أن من لم يحد قاذفه لعدم إحصانه يعزّر قاذفه، فلا يلزم من سقوط الحد لعدم الإحصان سقوط التعزير. قوله: (ويبلغ به غايته) أي تسعة وثلاثون سوطاً، وهذا معطوف على قوله: «فيعزر» ومقتضاه بلوغ الغاية في شتم ولده وليس كذلك. قوله: (محرماً غير جماع) الذي في الفتح والبحر وغيرهما: كل محرم غير جماع. ومفاده أنه لا يبلغ الغاية بمجرد لمس أو تقبيل، وهو خلاف ما يفيده كلام الشارح. قوله: (وفيما عداها) أي ما عدا هذه المواضع الثلاث لا يبلغ غاية التعزير، واقتصر عليها تبعاً للبحر. وزاد بعضهم غيرها: منها ما في الدرر، قيل تارك الصلاة يضرب حتى يسيل منه الدم. وفي الحجة: لو ادعى الإمام أنه كان محرماً لا يصدق، إلا أنه يضرب ضرباً شديداً. اهـ. أي ولا يلزم القوم إعادة الصلاة. وفي الخانية: من وطىء غلاماً يعزر أشد التعزير. وفي التاترخانية: إن المرأة إذا ارتدت تجبر على الإسلام وتضرب خمسة وسبعين اهـ: أي على قول أبي يوسف أن أكثره ذلك، أما على قولهما فأكثره تسعة وثلاثون. قوله: (أي بشتم) إطلاق القذف على الشتم مجاز شرعي، حقيقة لغوية. بحر. قوله: (مسلم ما) أي سواء كان عدلاً أو مستوراً، وسيأتي أن الذمي كالمسلم. قوله: (أو علم القاضي بفسقه) هذا لم يذكره في الفتح، بل ذكره في النهر عن الحاوية، ولعله مبني على القول المرجوح من أن للقاضي أن يقضي بعلمه. تأمل. قوله: (بلا بيان سببه) مثل أنه فاسق؛ وهذا تفسير لقوله: «مجرداً» واحترز به عما لو بين سبباً شرعياً كتقبيل أجنبية كما ذكره بعد.

مَطْلَبٌ فِي الجَرْحِ المُجَرَّدِ

قلت: وهذا مخالف لما ذكروه في الشهادات من أن الشهادة لا تقبل على جرح مجرد عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد، مثل أن يشهدوا على شهود المدعي بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور، وتقبل لو شهدوا على الجرح المركب مثل إنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد، أو إني صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليّ بالباطل وأطلب رد المال منهم، ففي هذا إثبات حق لله تعالى وهو الحد، أو إثبات حق العبد وهو المال، بخلاف ما قبله لأنه ليس فيه إثبات فعل خاص موجب للحد، بل غايته أن عادتهم فعل الزنا أو نحوه، فهو جرح مجرّد. وقد قال في القنية هنا: إن الشهادة على الجرح المجرد لا تصح، بل تصح إذا ثبت فسقه في ضمن ما تصح فيه الخصومة

لأن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل. فتح (فإن أراد القاذف) إثباته بالبينة

كجرح الشهود إلخ. فهذا يفيد أن ما بين سببه كتقبيل أجنبية مثلاً جرح مجرد لأنه ليس في ضمن ما تصح فيه الخصومة، ولهذا أورد المصنف، وغيره هناك أن إقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير وهو من حقوقه تعالى. وأجاب بأن الظاهر بأن مرادهم بحقه تعالى الحد لا التعزير لأنه يسقط بالتوبة، فليس في وسع القاضي إلزامه به، بخلاف الحد، فإنه لا يسقط بها.

قلت: والتحقيق أنه يفرق بين البابين بأن المراد بالمجرد هنا ما لم يبين سببه، وغير المجرد ما بين له سبب موجب لحق الله تعالى من حد أو تعزير أو لحق العبد، والمراد بالمجرد في باب الشهادة ما لم يوجب حداً أو حق عبد، وغير المجرد ما ثبت في ضمن ما تصح فيه الخصومة من حق لله تعالى أو للعبد. ووجه الفرق أن المقصود هنا إسقاط التعزير عن القاذف بإثبات ما يوجب صدقه لا إثبات فسق المقذوف ابتداء، ولهذا اكتفى ببيان السبب الموجب لفسقه، ولم يكتف بالمجرد عنه لاحتمال ظن الشاهدين ما ليس بموجب للفسق مفسقاً. وأما في باب الشهادة فإن المقصود إثبات فسق الشاهد ابتداء، لأن القاضي يبحث أولاً عن عدالته ليقبل شهادته، فإذا برهن الخصم على جرحه كان المقصود إثبات فسقه لتسقط عدالته، لأن الجرح مقدم على التعديل وإثبات الفسق مقصوداً إظهار الفاحشة. وقد قالوا: إنه مفسق لشهود الجرح فلا تقبل شهادتهم إلا إذا كان في ضمن إثبات حق تصح فيه الخصومة، لأنه لم يصر مقصوداً بإظهار الفاحشة بل يثبت ضمناً. ولا يدخل في الحق هنا التعزير لما مر عن المصنف.

فالحاصل أن ما يوجب التعزير جرح مجرد في باب الشهادة لا هنا فيقبل هنا بعد بيان سببه لا هناك لما علمت. ويدل على ما قلنا ما صرحوا به هناك من أن الجرح المجرد إنما لا يقبل لو كان جهراً لأنه إظهار للفاحشة أما لو كان سراً فإنه يقبل؛ وكذا ما صرحوا به أيضاً من أنه لا يقبل إذا كان بعد التعديل كما اعتمده المصنف ومشى عليه هناك، فلو كان قبله قبل. والظاهر أن علة قبوله قبله أنه يكون خبراً بفسق الشهود لئلا يقبل القاضي شهادتهم، ولذا يقبل الجرح سراً من واحد، ولو كان شهادة لم يقبل، ولهذا لو عدلوا بعد الجرح تثبت عدالتهم وتقبل شهادتهم، ولو كان الجرح سراً شهادة مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل، فثبت أنه إخبار لا شهادة. ونظيره سؤال القاضي المزكين عن الشهود، فصار الحاصل أن الجرح المجرد لا يقبل في باب الشهادة إذا كان على وجه الشهادة جهراً بعد التعديل وإلا قبل. وأما في باب التعزير فإنه يقبل بعد بيان سببه ويخرج بذلك عن كونه مجرداً.

(مجرداً) بلا بيان سببه (لا تسمع. ولو قال يا زاني وأراد إثباته تسمع) لثبوت الحد، بخلاف الأول، حتى لو بينوا فسقه بما فيه حق لله تعالى أو للعبد قبلت، وكذا في جرح الشاهد. وينبغي أن يسأل القاضي عن سبب فسقه، فإن بين سبباً شرعياً كتقبيل أجنبية وعناقها وخلوته بها طلب بينة ليعزّره؛ ولو قال هو ترك واجب، سأل القاضي المشتوم عما يجب عليه تعلمه من الفرائض، فإن لم يعرفها ثبت فسقه؛ لما في المجتبى: من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته، والمراد ما يجب تعلمه منه. نهر.

(وعزّر) الشاتم (بيا كافر) وهل يكفر إن اعتقد المسلم كافراً؟ نعم، وإلا لا، به يفتى. شرح وهبانية. ولو أجابه لبيك كفر. خلاصة. وفي التاتارخانية:

تنبيه: سيأتي أن التعزير يثبت بشهادة المدعي مع آخر وبشهادة عدل إذا كان في حقوقه تعالى لأنه من باب الإخبار، وظاهر كلامه هنا أنه لا بد من شاهدين غيره؛ لأن تعزير القاذف ثبت حقاً للمقذوف، فإذا ادعى القاذف فسق المقذوف لا تكفي شهادته لنفسه فلا بد من إقامة البينة على صدق القاذف ليسقط عنه التعزير الثابت حقاً للمقذوف بخلاف ما كان حقاً لله تعالى؛ هذا ما ظهر لي في هذا المقام والسلام. قوله: (وأراد إثباته) أي لإسقاط الحد عنه. قوله: (لثبوت الحد) أي فكان الجرح ثابتاً ضمناً لا قصداً فلم يكن مجرداً؛ لكن المناسب التعليل ببيان السبب؛ ويؤيد ما مر قبيل هذا الباب عن الملتقط من أنه لو أقام أربعة فساقاً يدرأ الحد عن القاذف والمقذوف والشهود، نعلم أن ثبوت الحد غير لازم، وهذا مؤيد لما حققناه آنفاً من أن المراد بالمجرد هنا ما لم يبين سببه، لا ما لم يثبت ضمناً. قوله: (حتى لو بينوا الخ) تفريع على قوله: «بلا بيان سببه». قوله (وكذا في جرح الشاهد) قد علمت الفرق بين البابين قوله (وينبغي الخ) قاله صاحب البحر قوله: (ليعزره) أي يعزر المقذوف ويسقط التعزير عن القاذف. قوله: (سأل القاضي المشتوم) أي ولا يطلب من الشاتم البينة في مثل هذا كما في البحر. قوله: (من الفرائض) أراد بها ما يشمل الواجبات كما ذكره بعد. قوله: (ثبت فسقه) وينبغي أن يلزمه التعزير، لما مر من أنه يعزر كل مرتكب معصية لا حدّ فيها. قوله: (بيا كافر) لم يقيد بكون المشتوم بذلك مسلماً لما يذكره بعد. قوله: (إن اعتقد المسلم كافراً نعم) أي يكفر إن اعتقده كافراً لا بسبب مكفر. قال في النهر: وفي الذخيرة: المختار للفتوى أنه إن أراد الشتم ولا يعتقده كفراً لا يكفر، وإن اعتقده كفراً فخاطبه بهذا بناء على اعتقاده أنه كافر يكفر، لأنه لما اعتقد المسلم كافراً فقد اعتقد دين الإسلام كفراً اهـ. قوله: (كفر) أي لأن إجابته إقرار بأنه كافر فيؤاخذ به لرضاه بالكفر

قيل لا يعزر ما لم يقل يا كافر بالله لأنه كافر بالطاغوت فيكون محتملاً (يا خبيث يا سارق يا فاجر يا مخنث يا خائن) يا سفيه يا بليد يا أحمق يا مباحي يا عواني (يا لوطي) وقيل يسأل، فإن عنى أنه من قوم لوط عليه الصلاة والسلام لا يعزّر. وإن أراد به أنه يعمل عملهم عزّر عنده، وحدّ عندهما. والصحيح تعزيره لو في غضب أو هزل. فتح (يا زنديق) يا منافق يا رافضي يا مبتدعي يا يهودي يا نصراني يا ابن

ظاهراً، إلا إذا كان مكرهاً. وأما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان متأولاً بأنه كافر بالطاغوت مثلاً فلا يكفر. قوله: (فيكون محتملاً) قال في الشرنبلالية: ويرجع خلافه حالة السب، فلذا أطلقه في الهداية وغيرها. قوله: (يا فاجر) يستعمل في عرف الشرع بمعنى الكافر والزاني، وفي عرفنا اليوم بمعنى كثير الخصام والمنازعة. قال في البحر: وأفاد بعطفه يا فاجر على يا فاسق التغاير بينهما، ولذا قال في القنية: لو أقام مدعي الشتم شاهدين شهد أحدهما أنه قال له يا فاسق والآخر على أنه قال له يا فاجر لا تقبل هذه الشهادة اهـ. قوله: (يا مخنث) بفتح النون، أما بكسرها فمرادف للوطي. نهر. وقيل المخنث من يؤتى كالمرأة، وعليه اقتصر في الدر المنتقى. ونقل بعض المحشين عن الإشارات أن كسر النون أفصح والفتح أشهر، وهو من خلقه خلق النساء في حركاته وسكناته وهيئاته وكلامه، فإن كان خلقة فلا ذم فيه، ومن يتكلفه فهو المذموم. قوله: (يا خائن) هو الذي يخون فيما في يده من الأمانات. أبو السعود عن الحموي. قوله: (يا سفيه) هو المبذر المسرف، وفي عرفنا اليوم بمعنى بذيء اللسان. قوله: (يا بليد) إنما يعذر لأنه يستعمل بمعنى الخبيث الفاجر. نهر عن السراج.

قلت: وهو في العرف اليوم بمعنى قليل الفهم فينبغي أن لا يعزّر به. ثم رأيت في الفتح، قال. وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزروا به. قوله: (يا أحمق) بمعنى ناقص العقل سيء الأخلاق. قوله: (يا مباحي) هو من يعتقد أن الأشياء كلها مباحة. قوله: (يا عواني) هو الساعي إلى الحاكم بالناس ظلماً. قوله: (أو هزل) عبارة الفتح: قلت: أو هزل من تعود بالهزل بالقبيح اهـ. قوله: (يا زنديق يا منافق) الأول هو من لا يتدين بدين؛ والثاني هو من يبطن الكفر ويظهر الإسلام كما سيذكره في الردة عن الفتح. قوله: (يا رافضي) قال في البحر: ولا يخفى أن قوله يا رافضي بمنزلة يا كافر أو يا مبتدع فيعزر، لأن الرافضي كافر إن كان يسب الشيخين مبتدع إن فضل علياً عليهما من غير سب كما في الخلاصة اهـ.

قلت: وفي كفر الرافضي بمجرد السب كلام سنذكره إن شاء الله تعالى في باب المرتد؛ نعم لو كان يقذف السيدة عائشة رضي الله عنها فلا شك في كفره. قوله: (يا مبتدعي) أهل البدعة: كل من قال قولاً خالف فيه اعتقاد أهل السنة والجماعة. قوله:

النصراني عبر (يا لص إلا أن يكون لصاً) لصدق القائل كما مر، والنداء ليس بقيد، إذ الإخبار كأنت أو فلان فاسق ونحوه كذلك ما لم يخرج مخرج الدعوى. فنية (يا ديوث) هو من لا يغار على امرأته أو محرمه (يا قرطبان) مرادف ديوث بمعنى معرص (يا شارب الخمر، يا آكل الربا يابن القحبة) فيه إيماء إلى أنه إذا شتم

(يا لص) بكسر اللام وتضم. در منتقى. قوله: (إلا أن يكون لصّاً) الأولى أن يقول: إلا أن يكون كذلك، لئلا يوهم اختصاصه باللص، إذ لا فرق بين الكل كما بحثه في اليعقوبية، وقال: إنه لا تصريح به اهـ.

قلت: ويدل له قوله في الفتح: وقيد الناطفي بما إذا قاله لرجل صالح. أما لو قال لفاسق أو للص يا لص أو لفاجر يا فاجر لا شيء عليه، والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين؛ فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه؛ أما من علم فإن الشين قد ألحقه بنفسه قبل قول القائل اهـ. كلام الفتح.

قلت: ويظهر من هذا وكذا من قول المصنف السابق: «إلا أن يكون معلوم الفسق» أن المراد المتجاهر المشتهر بذلك، فلا يعزر شاتمه بذلك كما لو اغتابه فيه، بخلاف غيره لأن فيه إيذاء بما يعلم اتصافه به، وتقدم أنه يعزر بالغيبة وهي لا تكون إلا بوصفه بما فيه، وإلا كانت بهتاناً؛ فإذا عزر بوصفه بما فيه مما لم يتجاهر به ففي شتمه به في وجهه بالأولى، لأنه أشد في الإيذاء والإهانة، هذا ما ظهر لي فتأمله. قوله: (كما مر) أي عند قوله: «يا فاسق». قوله: (ما لم يخرج مخرج الدعوى) قيد للزوم التعزير بالإخبار عن هذه الأوصاف: يعني أنه إذ ادعى عند الحاكم أن فلاناً فعل كذا مما هو من حقوق الله تعالى فإن المدعي لا يعزر إذ لم يكن على وجه السب والانتقاص، بل يعزر المدعى عليه لما سيذكره الشارح عن كفالة النهر أن كل تعزير لله تعالى يكفي فيه خبر العدل؛ وكذا لو ادعى عليه سرقة أو ما يوجب كفراً وعجز عن إثباته، بخلاف دعوى الزنا كما يأتي، والفرق وجود النص على حده للقذف إذا لم يأت بأربعة من الشهداء. قوله: (يا ديوث) بتثليث الدال ط. ومثله القواد في عرف مصر والشام. نتح. قوله: (يا قرطبان) معرب قلتبان. درر. ومثله يا كشخان، وهو الحق، خلافاً لما في الكنز من أنه لا تعزير فيه كما في الفتح، وهو بالخاء المعجمة كما في القاموس خلافاً لما في البحر والنهر من أنه بالمهملة. قوله: (مرادف ديوث) قال الزيلعي: هو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلاً فيدعه خالياً بها. وقيل هو المتسبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح. وقيل هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ، أو مع مزارعه إلى الضيعة، أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته. قوله: (بمعنى معرص) في بعض النسخ «معرس» بالسين. قال في النهر بعد ما مر عن الزيلعي: وعلى كل تقدير فهو

أصله عزر بطلب الولد كيا ابن الفاسق يا ابن الكافر، وأنه يعزر بقوله يا قحبة.

لا يقال: القحبة عرفاً أفحش من الزانية لكونها تجاهر به بالأجرة. لأنا نقول: لذلك المعنى لم يحد، فإن الزنا بالأجرة يسقط الحد عنده خلافاً لهما. ابن كمال، لكن صرح في المضمرات بوجوب الحدّ فيه. قال المصنف: وهو ظاهر **(يا ابن الفاجرة، أنت مأوى اللصوص، أنت مأوى الزواني، يا من يلعب بالصبيان، يا حرام زاده)** معناه المتولد من الوطء الحرام، فيعم حالة الحيض.

لا يقال: في العرف لا يراد ذلك بل يراد ولد الزنا. لأنا نقول: كثيراً ما يراد به الخداع اللئيم فلذا لا يحد.

فرع: أقر على نفسه بالدياثة أو عرف بها لا يقتل ما لم يستحل، ويبالغ في تعزيره أو يلاعن. جواهر الفتاوى. وفيها: فاسق تاب وقال إن رجعت إلى ذلك فاشهدوا عليه أنه رافضي، فرجع لا يكون رافضياً بل عاصياً؛ ولو قال: إن

المعنى بالعرس بكسر الراء والسين المهملة، والعوام يلحنون فيه فيفتحون الراء ويأتون بالصاد. قاله العيني. قوله: **(عزر بطلب الولد)** لأنه هو المقصود بالشتم، والظاهر أن له الطلب وإن كان أصله حياً، بخلاف قوله يا ابن الزانية، وأنه يعزر أيضاً بطلب الأصل. تأمل. قوله: **(وأنه يعزر الخ)** عطف على قوله: «أنه إذا شتم» أي أن في كلام المصنف إيماء أيضاً إلى أن موجبه التعزير لا الحد. قوله: **(لا يقال الخ)** حاصله أنه كان ينبغي أن يوجب الحد لا التعزير. قوله: **(يسقط الحد)** أي عن الزنا لشبهة العقد، فلم يكن قاذفاً بالزنا الخالي عن الملك وشبهته، فلا يحد القاذف أيضاً لكنه يعزر. وكتب ابن كمال بهامش شرحه هنا أن النسبة إلى فعل لا يجب الحد بذلك الفعل: لا يوجب الحد اهـ. فافهم. قوله: **(وهو ظاهر)** لعل وجهه أنه صار حقيقة عرفية بمعنى الزانية، فهو قذف بصريح الزنا، ولأن القحبة لا تلتزم عقد الإجارة الذي هو علة سقوط الحد عند الإمام. قوله **(يا من يلعب بالصبيان)** أي معهم. نهر. والظاهر أن المراد به في العرف من يفعل معهم القبيح بقرينة الشتم والغضب. قوله: **(فيعم حالة الحيض)** أي فلم يكن قذفاً بصريح الزنا، فلا يوجب الحد بل التعزير. قوله: **(ويبالغ في تعزيره)** أي فيما إذا عرف بالدياثة، وقوله: «أو يلاعن» أي فيما إذا أقر بها، ففيه لف ونشر مشوش كما تفيده عبارة المنح عن جواهر الفتاوى، لأنه إذا لاعن لا يحتاج إلى التعزير. وإذا أكذب نفسه يلزمه الحد كما في الجواهر أيضاً. واعترض بأن الديوث من لا يغار على أهله أو محرمه؛ فهو ليس بصريح الزنا فكيف يجب اللعان بإقراره بالدياثة؟!.

رجعت فهو كافر فرجع تلزمه كفارة يمين.

(لا) يعزر (بيا حمار يا خنزير، يا كلب، يا تيس، يا قرد) يا ثور يا بقر، يا حية لظهور كذبه، واستحسن في الهداية التعزير، أو المخاطب من الأشراف،

قلت: الظاهر أن المراد إقراره بمعناها لا بلفظها؛ أي بأن قال كنت أدخل الرجال على زوجتي يزنون بها. قوله: (تلزمه كفارة يمين) لأنه علق رجوعه على الكفر فينعقد يميناً كما مر في بابه، وأشار إلى أنه لا يصير كافراً برجوعه، لكن هذا إذا علم أنه برجوعه لا يصير كافراً، وإلا كفر لرضاه بالكفر كما مر في محله، وإلى أنه لا يلزمه كفارة في المسألة الأولى لأنه ليس كل رافضي كافراً كما مر، فلم يكن تعليقاً على الكفر قوله: (لظهور كذبه) أي يقيناً كما في الهداية.

وفي البحر عن الحاوي القدسي: الأصل أن كل سب عاد شينه إلى الساب فإنه لا يعزر، فإن عاد الشين فيه إلى المسبوب عزر اهـ. وإنما يعود شينه إلى الساب لظهور كذبه. قوله: (واستحسن في الهداية) وكذا في الكافي كما في التتارخانية، ونقل القهستاني تصحيحه عن الفتاوى. وعبارة الهداية: وقيل في عرفنا يعزر لأنه يعد شيناً. وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك، وإن كان من العامة لا يعزر، وهذا أحسن اهـ.

والحاصل أن ظاهر الرواية أنه لا يعزر مطلقاً، واختار الهندواني أنه يعزر مطلقاً، والتفصيل المذكور كما في الفتح وغيره. قال السيد أبو السعود: وقوى شيخنا ما اختاره الهندواني بأنه الموافق للضابط: كل من ارتكب منكراً أو آذى مسلماً بغير حق بقول أو بفعل أو إشارة يلزمه التعزير.

قلت: ويؤيده أن هذه الألفاظ لا يقصد بها حقيقة اللفظ حتى يقال بظهور كذبه، ولولا النظر إلى ما فيها من الأذى لما قيل بالتعزير بها في حق الأشراف، وإلا فظهور الكذب فيها موجود في حق الكل، فينبغي أن يلحق بهم من كان في معناهم ممن يحصل له بذلك الأذى والوحشة؛ بل كثير من أصحاب الأنفس الأبية يحصل له من الوحشة أكثر من الفقهاء والعلوية. وقد يجاب بأن المراد بالأشراف من كان كريم النفس حسن الطبع، وذكر الفقهاء والعلوية لأن الغالب فيهم ذلك، فمن كان بهذه الصفة يلحقه الشين بهذه الألفاظ المراد لازمها من نحو البلادة وخبث الطباع، وإلا فلا، لأنه هو الذي ألحق الشين بنفسه فلا يعتبر لحوق الوحشة به، كما لو قيل لفاسق يا فاسق؛ فيرجع إلى ما استحسنه في الهداية وغيرها. ثم رأيت الشارح في شرح الملتقى قال: ولعل المراد بالعلوي كل متق، وإلا فالتخصيص غير ظاهر، بل قال الفقيه أبو جعفر: إنه في الأخسة، أما في الأشراف فالتعزير. اهـ. فافهم.

وتبعه الزيلعي وغيره (يا حجام يا أبله يا بن الحجام وأبوه ليس كذلك) وأوجب الزيلعي التعزير في ياابن الحجام (يا مؤاجر) لأنه عرفاً بمعنى المؤجر (يا بغا) هو المأبون بالفارسية. وفي الملتقط في عرفنا: يعزر فيهما

تنبيه: ذكر في شرحه على الملتقى أيضاً أنه لو على وجه المزاح يعزر، فلو بطريق الحقارة كفر، لأن إهانة أهل العلم كفر على المختار. فتاوى بديعية. لكنه يشكل بما في الخلاصة أن سب الختنين ليس بكفر اهـ والمراد بالختنين عثمان وعلي رضي الله تعالى عنهما. قوله: (يا أبله) بمعنى الغافل. قوله: (وأبوه ليس كذلك) أي ليس بحجام؛ وكذا لا تعزير لو كان كذلك بالأولى. قوله: (وأوجب الزيلعي الخ) كأنه لعدم ظهور الكذب في يا ابن الحجام لموت أبيه، فالسامعون لا يعلمون كذبه فلحقه الشين، بخلاف قوله يا حجام لأنهم يشاهدون صنعته. بحر. ودفعه في النهر بأن التفرقة تحكم، لأن الحكم بتعزيره غير مقيد بموت أبيه اهـ.

قلت: والذي رأيته في الزيلعي هكذا: ومن الألفاظ التي لا توجب التعزير قوله يا رستاقي ويا ابن الأسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك اهـ. فقوله وليس كذلك: أي ليس بهذه الصفة، فليس المراد نفي الحكم المذكور كما فهمه الشارح وغيره، فافهم. قوله: (لأنه عرفاً بمعنى المؤجر) قال منلاخسرو: المؤاجر يستعمل فيمن يؤجر أهله للزنا، لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف، بل بمعنى المؤجر. قوله: (يابغا) هو بالباء الموحدة والغين المعجمة المشددة ويقال باغا، وكأنه انتزع من البغاء. بحر عن المغرب. قوله: (هو المأبون) أي الذي لا يقدر على ترك أن يؤتى في دبره لدودة ونحوها. بحر.

قلت: لكن قال المصنف في شرحه تبعاً للدرر: إن البغا من شتم العوام يتفوهون به ولا يعرفون ما يقولون اهـ. وهذا هو المناسب لما مشى عليه تبعاً للمتون، من أنه لا تعزير فيه. أما على تفسيره بالمأبون فلا، ولذا قال في البحر بعد ما نقل عن المغرب إنه المأبون: وينبغي أن يجب التعزير فيه اتفاقاً، لأنه ألحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه، ثم استشهد لذلك بما صرح به في الظهيرية من وجوب التعزير في يا مفعوج: وهو المأتي في الدبر، معللاً بأنه ألحق الشين به، بل البغا أقوى، لأن الأبنة عيب شديد.

قلت: وحاصله أن المأبون هو الذي يطلب أن يؤتى، بخلاف المفعوج وهو بالعين المهملة والفاء والجيم، وفسره في التاترخانية بالمضروب في الدبر. وفي القاموس: فعج يفعج: ضرب، وجاريته جامعها. قوله: (يعزر فيهما) أي في يا مؤاجر ويابغا بناء على أن عرفهم استعمال مؤاجر فيمن يؤاجر أهله للزنا، وبغا في المأبون، وهذا مؤيد لما بحثه في البحر.

وفي ولد الحرام تهر. والضابط أنه متى نسبه إلى فعل اختياري محرم شرعاً ويعدّ عاراً عرفاً يعزّر، وإلا لا. ابن كمال (يا ضحكة) بسكون الحاء: من يضحك عليه الناس، أما بفتحها: فهو من يضحك على الناس، وكذا (يا سخرة) واختار في الغاية التعزير فيهما وفي يا ساحر يا مقامر. وفي الملتقى: واستحسنوا التعزير لو المقول له فقيهاً أو علوياً.

(ادعى سرقة) على شخص (وعجز عن إثباتها لا يعزّر، كما لو ادعى على آخر بدعوى توجب تكفيره وعجز) المدعي (عن إثبات ما ادعاه) فإنه لا شيء عليه إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند حاكم شرعي. أما إذا صدر على وجه السبّ أو الانتقاص فإنه يعزّر. فتاوى قارىء الهداية (بخلاف دعوى الزنا) فإنه إذا لم يثبت يحد، لما مر

قلت: ولا يستعمل في عرفنا هذان اللفظان في الشتم، فينبغي عدم التعزير فيهما كما عليه المتون. قوله: (وفي ولد الحرام) هذا ذكره في النهر بحثاً، حيث قال: وينبغي أن يعزّر في ولد الحرام، بل أولى من «حرام زاده» ولم يذكر في النهر عبارة الملتقط، ففي كلام الشارح إيهام. قوله: (والضابط الخ) قال ابن كمال: فخرج بالقيد الأول النسبة إلى الأمور الخلقية، فلا يعزّر في يا حمار ونحوه، فإن معناه الحقيقي غير مراد، بل معناه المجازي كالبليد، وهو أمر خلقي؛ وبالقيد الثاني النسبة إلى ما لا يحرم في الشرع، فلا يعزّر في يا حجام ونحوه مما يعد عاراً في العرف، ولا يحرم في الشرع؛ وبالقيد الثالث إلى ما لا يعد عاراً، فلا يعزر في يا لاعب النرد ونحوه مما يحرم في الشرع اهـ.

قلت: وهذا الضابط مبني على ظاهر الرواية، وقد علمت تفصيل الهداية. قوله: (بسكون الحاء) أي مع ضم أوله في الموضعين. قوله: (وفي يا ساحر) رأيته في البحر بالخاء المعجمة. تأمل. قوله: (يا مقامر) من قامره مقامرة وقماراً فقمره: إذا راهنه فغلبه، كما في القاموس. قوله: (وفي الملتقى الخ) هذا بمعنى ما مر عن الهداية والزيلعي، لكنه في الملتقى ذكره بعد جميع ما مر من الألفاظ. وعبارة الهداية والزيلعي توهم أن هذا التفصيل في نحو حمار وخنزير مما يتيقن فيه بكذب القائل فأعاده الشارح آخراً لدفع هذا الإيهام، فافهم. قوله: (ادعى سرقة) ذكر في البحر هذه المسألة عن القنية، وذكر الثانية عن فتاوى قارىء الهداية، وقوله بخلاف دعوى الزنا من كلام القنية، وأشار الشارح إلى المسألتين بقوله فيما تقدم «ما لم يخرج مخرج الدعوى» وقدمنا أنه دخل في ذلك دعوى ما يوجب التعزير حقاً لله تعالى. قوله: (لما مر) أي قبيل هذا

(وهو) أي التعزير (حق العبد) غالب فيه (فيجوز فيه الإبراء والعفو)

الباب من أنه مندوب للدرء، أي مأمور بالستر، فإذا لم يقدر على إثباته كان مخالفاً للأمر. وذكرنا الفرق فيما تقدم بورود النص على جلده إذا لم يأت بأربعة شهداء. وأما ما في البحر عن القنية من الفرق بأن دعوى الزنا لا يمكن إثباتها إلا بنسبته إلى الزنا، بخلاف دعوى السرقة فإن المقصود منها إثبات المال ويمكنه إثباته بدون نسبته إلى السرقة فلم يكن قاصداً نسبته إلى السرقة، ففيه نظر، لاقتضائه عكس الحكم[1] المذكور فيهما. ثم رأيت الخير الرملي نبه على ذلك أيضاً كما أوضحته فيما علقته على البحر، فافهم. قوله: (وهو أي التعزير الخ) لما كان ظاهر كلام المصنف كالزيلعي وقاضيخان أن كل تعزير حق العبد، مع أنه قد يكون حق الله تعالى كما يأتي، زاد الشارح قوله: «غالب فيه» تبعاً للدرر وشرح المصنف، فصار قوله: «حق العبد» مبتدأ، وقوله «غالب فيه» خبره، والجملة خبر قوله: «وهو» والمراد كما أفاده ح أن أفراده التي هي حق العبد أكثر من أفراده التي هي حق الله، وليس المراد أن الحقين اجتمعا فيه، وحق العبد غالب كما قيل بعكسه في حد القذف اهـ.

قلت: هذا وإن دفع الإيراد المار لكن المتبادر خلافه، وهو أنه اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب فيه عكس حد القذف، وقد دفع الشارح الإيراد بقوله بعد «ويكون أيضاً حقاً لله تعالى»، فعلم أن المراد بالأول: ما كان حقاً للعبد، وأن فيه حق الله تعالى أيضاً، ولكن حق العبد غالب فيه على عكس حد القذف.

وبيان ذلك أن جميع ما مر من ألفاظ القذف والشتم الموجبة للتعزير منهيّ عنها شرعاً. قال تعالى: ﴿وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ﴾ [الحجرات: ١١] فكان فيها حق الله تعالى وحق العبد وغلب حق العبد لحاجته، ولذا لو عفا سقط التعزير، بخلاف حد القذف، فإنه بالعكس كما مر، وربما تمحض حق العبد كما إذا شتم الصبيّ رجلاً، فإنه غير مكلف بحق الله تعالى، هذا ما ظهر لي في تحقيق هذا المحل، فافهم.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ شَتَمَ رَجُلاً بِأَلْفَاظٍ مُتَعَدِّدَةٍ

تنبيه: ذكر ابن المصنف في حواشيه على الأشباه أنه يؤخذ من كونه حق عبد جواب حادثة الفتوى: هي أن رجلاً شتم آخر بألفاظ متعددة من ألفاظ الشتم الموجب للتعزير، وهو أنه يعزر لكل واحد منها، لأن حقوق العباد لا تداخل فيها، بخلاف الحدود ولم أر من صرح به، لكن كلامهم يفيده؛ نعم التعزير الذي هو حق الله تعالى

---

(١) في ط (قوله لاقتضائه عكس الحكم) لأن الحد حيث أمكن إثباته بدون نسبته إلى السرقة يصير بدعواه ظاهراً قاصداً نسبته إليها، إلا بعدل عنها إلى المال بخلاف دعوى الزنا فإنه لا يمكن إثباته إلا بنسبة الزنا إليه فلم يكن.

والتكفيل. زيلعي (واليمين) ويحلفه بالله ما له عليك هذا الحق الذي يدعيه لا بالله ما قلت. خلاصة (والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين) كما في حقوق العباد ويكون أيضاً حقاً لله تعالى فلا عفو فيه إلا إذا علم الإمام انزجار

ينبغي القول فيه بالتداخل اهـ. وأصل البحث لوالد المصنف، وجزم به الشارح كما مر قبيل هذا الباب.

قلت: ومقتضى هذا تعدده أيضاً لو شتم جماعة بلفظ واحد، مثل أنتم فسقة أو بألفاظ بخلاف حد القذف كما مر هناك. قوله: (والتكفيل) أي أخذ كفيل بنفس الشاتم ثلاثة أيام إذا قال المشتوم لي عليه بينة حاضرة كما في كافي الحاكم. قوله: (زيلعي) تمام عبارة الزيلعي: «وشرع في حق الصبيان» اهـ. وسيأتي متناً. قوله: (واليمين) يعني إذا أنكر، أنه سبه يحلف ويقضي عليه بالنكول. فتح. قوله: (لا بالله ما قلت) أي لا يحلفه بالله ما قلت له يا فاسق، لاحتمال أنه قال ذلك، ورد عليه المشتوم بمثله، أو عفى عنه، أو أنه فاسق في نفس الأمر ولا بينة للشاتم، ففي ذلك كله لم يبق عليه للمشتوم حق التعزير الذي يدعي: كما لو ادعى على آخر أنه استقرض منه كذا وأنكر، فإنه يحلفه ما له عليك الألف الذي يدعي، لاحتمال أنه استقرض وأوفاه أو أبرأه المدعي. قوله: (وشهادة رجل وامرأتين) صرح به الزيلعي، وكذا في التاترخانية عن المنتقى، ويخالفه ما في الجوهرة: لا تقبل في التعزير شهادة النساء مع الرجال عنده؛ لأنه عقوبة كالحد والقصاص. وعندهما تقبل لأنه حق آدمي اهـ. أفاده الشرنبلالي.

قلت: ومقتضى هذا أنه لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة أيضاً عنده، مع أنه جزم الزيلعي، وكذا في الفتح والبحر عن الخانية بأنها تقبل، فلذا جزم المصنف بقبولها في الموضعين. قوله: (كما في حقوق العباد) أي كما في باقيها. قوله: (ويكون أيضاً حقاً لله تعالى) أي خالصاً له تعالى كتقبيل أجنبية وحضور مجلس فسق. قوله: (فلا عفو فيه) كذا قاله في فتح القدير، لكن في القنية عن مشكل الآثار أن إقامة التعزير إلى الإمام عن أئمتنا الثلاثة والشافعي، والعفو إليه أيضاً. قال الطحاوي: وعندي أن العفو للمجني عليه لا للإمام. قال صاحب القنية: ولعل ما قالوه في التعزير الواجب حقاً لله تعالى، وما قاله الطحاوي فيما إذا جنى على إنسان اهـ. فهذا مخالف لما في فتح كما في البحر والنهر.

قلت: لكن ذكر في الفتح أول الباب أن ما نص عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو المشتركة وجب امتثال الأمر فيه، وما لم ينص عليه إذا رأى الإمام المصلحة أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب؛ لأنه زجر مشروع لحقه تعالى كالحد، وما علم أنه انزجر بدونه: لا يجب اهـ. فعلم أن قولهم: إن العفو فيه للإمام بمعنى

الفاعل ولا يمين، كما لو ادعى عليه أنه قبل أخته مثلاً، ويجوز إثباته بمدع شهد به فيكون مدعياً شاهداً لو معه آخر. وما في القنية وغيرها: لو كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحساناً ولا يعزر يجب أن يكون في حقوق الله، فإن حقوق العباد ليس للقاضي إسقاطها فتح. ومما في كراهية الظهيرية: رجل

تفويضه إلى رأيه، إن ظهر له المصلحة فيه أقامه، وإن ظهر عدمها أو علم انزجاره بدونه يتركه، وبه تندفع المخالفة، فافهم. قوله: (ولا يمين) عطف على قوله فلا عفو، وهذا أخذه في النهر من قولهم في الأول والبيمين فقال: وهو ظاهر في أن ما كان منه حق الله تعالى لا يحلف فيه الخ؟. قوله: (كما لو ادعى عليه أنه قبل أخته) أي أخت نفسه. والذي في النهر: أجنبية، وهو المناسب، لأنها لو كانت أخت المدعي فالظاهر أنه يكون حق عبد لأنه يلحقه بذلك عار شديد يحمله على الغيرة لمحارمه كما لا يخفى، إلا أن يراد أخت المقبل؟. قوله: (ويجوز إثباته الخ) عطف على قوله: فلا عفو فهو من التفريع أيضاً على كونه حق الله تعالى. قوله: (لو معه آخر) كذا في الفتح، ويأتي أنه يكفي فيه إخبار عدل واحد، وعليه فلو كان المدعي عدلاً يكفي وحده. قوله: (وغيرها) كالخانية والكافي. قوله: (ذا مروءة) قال محمد رحمه الله: والمروءة عندي في الدين والصلاح كما في الفتح وغيره. قوله: (فتح) أقول: اختصر عبارة الفتح اختصاراً مخلاً تبع فيه النهر، فإنه في الفتح ذكر أولاً أن ما وجب من التعزير حقاً لله تعالى لا يجوز للإمام تركه.

ثم استشكل عليه ما في الخانية، وهو ما نقله الشارح عن القنية فقال: إنه يجب أن يكون في حقوق الله تعالى الخ: أي وإذا كان كذلك ناقض قوله أولاً: إنه لا يجوز للإمام تركه. ثم أجاب عنه بأن ما ذكر عن القنية والخانية سواء حمل على أنه من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد لا يناقض ما مر، لأنه إذا كان المدعى عليه ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى، ويكون قوله: «ولا يعزر» معناه لا يعزر بالضرب في أول مرة، فإن عاد عزره بالضرب. اهـ. ملخصاً. وبه تعلم أن الشارح اقتصر على نقل الاستشكال المخالف لقوله أولاً: فلا عفو فيه وترك المقصود من الجواب، فافهم.

أقول: ويظهر لي دفع المناقضة من وجه آخر، وهو أن ما وجب حقاً لله تعالى لا يجوز للإمام تركه إلا إذا علم انزجار الفاعل كما مر. ولا يخفى أن الفاعل إذا كان ذا مروءة في الدين والصلاح يعلم من حاله الانزجار من أول الأمر، لأن ما وقع منه لا يكون عادة إلا من سهو وغفلة، ولذا لم يعزر في أول مرة ما لم يعد، بل يوعظ ليتذكر إن كان ساهياً، وليتعلم إن كان جاهلاً بدون جر إلى باب القاضي، ويؤيد هذا ما

يصلي ويضرب الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به لينزجر، يفيد أنه من باب الإخبار وأن إعلام القاضي بذلك يكفي لتعزيره. نهر.

قال: وفيه من الكفالة معزياً للبحر وغيره: للقاضي تعزير المتهم قاصداً نسبته إليه فيقتضي التعزير في دعوى السرقة لا في دعوى الزنا، وهذا عكس

سيذكره الشارح آخر الباب من بناء ما هنا على استثناء ذوي الهيئات من وجوب التعزير.

قوله: (يفيد أنه من باب الإخبار) أي فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء، كما في كفالة النهر، فهذا يخالف ما مر من اشتراط الشهادة.

قلت: لكن غاية ما أفاده فرع الظهيرية أنه لا يأثم من أعلم السلطان به، وظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين كون السلطان عادلاً أو جائراً يخشى منه قتله، لما مر أنه يباح قتل كل مؤذ: أي إذا لم ينزجر. ولا يخفى أنه ليس في هذا تعرض لثبوت تعزيره بمجرد الإخبار عند السلطان، فضلاً عن ثبوته عند القاضي. على أنه يمكن أن يراد بإعلام السلطان: الشهادة عليه عنده، تأمل.

مَطْلَبٌ فِي تَعْزِيرِ الْمُتَّهَمِ

قوله: (للقاضي تعزير المتهم) ذكروا في كتاب الكفالة أن التهمة تثبت بشهادة مستورين أو واحد عدل فظاهره أنه لو شهد عند الحاكم واحد مستور وفاسق بفساد شخص: ليس للحاكم حبسه، بخلاف ما إذا كان عدلاً أو مستورين فإن له حبسه بحر.

قلت: ومثله ما لو كان المتهم مشهوراً بالفساد فيكفي فيه علم القاضي كما أفاده كلام الشارح. وفي رسالة «دده أفندي» في السياسة عن الحافظ ابن قيم الجوزية الحنبلي: ما علمت أحداً من أئمة المسلمين يقول إن هذا المدعى عليه بهذه الدعوى وما أشبهها يحلف ويرسل بلا حبس، وليس تحليفه وإرساله مذهباً لأحد من الأئمة الأربعة ولا غيرهم، ولو حلفنا كل واحد منهم وأطلقناه مع العلم باشتهاره بالفساد في الأرض وكثرة سرقاته وقلنا لا نأخذه إلا بشاهدي عدل كان مخالفاً للسياسة الشرعية. ومن ظن أن الشرع تحليفه وإرساله فقد غلط غلطاً فاحشاً، لنصوص رسول الله ﷺ، ولإجماع الأئمة، ولأجل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة، فتعدوا حدود الله تعالى وخرجوا من الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع في السياسة، على وجه لا يجوز، وتمامه فيها. وفي هذا تصريح بأن ضرب المتهم بسرقة من السياسة، وبه صرح الزيلعي أيضاً كما سيأتي في السرقة. وبه علم أن للقاضي فعل السياسة ولا يختص بالإمام كما قدمناه في حد الزنا

المحكم اهـ منه. وإن لم يثبت عليه، وكل تعزير لله تعالى يكفي فيه خبر العدل لأنه في حقوقه تعالى يقضي فيها بعلمه اتفاقاً، ويقبل فيه الجرح المجرد كما مر، وعليه فما يكتب من المحاضر في حق إنسان يعمل به في حقوق الله تعالى. ومن أفتى بتعزير الكاتب فقد أخطأ اهـ ملخصاً.

وفي كفالة العيني عن الثاني: من يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس أحبسه وأخلده في السجن حتى يتوب، لأن شرّ هذا على الناس، وشر الأول على نفسه.

(شتم مسلم ذمياً عزّر) لأنه ارتكب معصية، وتقييد مسائل الشتم بالمسلم

مع تعريف السياسة. قوله: (وإن لم يثبت) أي ما اتهم به، أما نفس التهمة: أي كونه من أهلها فلا بد من ثبوتها كما علمت. قوله: (يكفي فيه خبر العدل) مخالف لما قدمه من أنه يجوز إثباته بمدّعٍ شهد به لو معه آخر، وهو مصرح به في الفتح، ولعله محمول على عدم العدالة. قوله: (يقضي فيها بعلمه اتفاقاً) وأما ما ذهب إليه المتأخرون وهو المفتى به من أنه لا يقضي بعلمه في زماننا فيجب حمله على ما كان من حقوق العباد؛ كذا في كفالة النهر، وفيه كلام كتبناه في قضاء البحر حاصله أن ما ذكره غير صحيح، وسيأتي تمامه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (كما مر) الذي مرّ تقييده بما إذا بين سببه كتقبيل أجنبية ومعانقتها، وقد فسر المجرد بما لم يبين سببه، فالمراد بالمجرد هنا ما لم يكن في ضمن ما تصح به الدعوى، وقدمنا الكلام فيه، فافهم. قوله: (وعليه) أي على ما ذكر من أنه من باب الإخبار، وأنه يكفي فيه خبر العدل. قوله: (من المحاضر) جمع محضر، والمراد به هنا ما يعرض على السلطان ونحوه في شكاية متولّ أو حاكم، ويثبت فيه خطوط أعيان البلدة وختمهم، ويسمى في عرفنا عرض محضر. قوله: (يعمل به الخ) قال في كفالة النهر، وظاهره أن الإخبار كما يكون باللسان يكون بالبنان، فإذا كتب إلى السلطان بذلك ليزجره جاز، وكان له أن يعتمد عليه حيث كان معروفاً بالعدالة. قوله (فقد أخطأ) والفرع المتقدم: أي عن الظهيرية ينادي بخطئه. نهر. قوله: (وفي كفالة العيني الخ) ذكره في البحر في هذا الباب، ومثله في الخانية. قوله: (وأؤدبه) الظاهر أن المراد به الضرب، ويحتمل أنه عطف تفسير. ط. قوله: (والسرقة وضرب الناس) الظاهر أن الواو بمعنى (أو) لصدق التعليل على كل فرد بخصوصه ط. قوله: (حتى يتوب) المراد حتى تظهر أمارات توبته، إذ لا وقوف لنا على حقيقتها، ولا يقدر بستة أشهر إذ قد تحصل التوبة قبلها، وقد لا تظهر بعدها، كذا حققه الطرسوسي، وأقره ابن الشحنة. قوله: (وتقييد مسائل الشتم) أي الواقع في الكنز والهداية، وهذا ذكره في

اتفاقي. فتح. وفي القنية: قال ليهودي أو مجوسي يا كافر يأثم إن شق عليه، ومقتضاه أنه يعزر لارتكابه الإثم. بحر. وأقره المصنف لكن نظر فيه في النهر.

قلت: ولعل وجهه ما مر في يا فاسق، فتأمل.

(يعزر المولى عبده والزوج زوجته) ولو صغيرة لما سيجيء (على تركها الزينة) الشرعية مع قدرتها عليها (و) تركها (غسل الجنابة، و) على (الخروج من المنزل) لو بغير حق (وترك الإجابة إلى الفراش) لو طاهرة من نحو حيض. ويلحق بذلك ما لو ضربت ولدها الصغير عند بكائه أو ضربت جاريته غيرة ولا تتعظ بوعظه،

البحر والنهر. والذي في الفتح الاقتصار على ما قبله من المسألة، وتعليلها. ذكر ذلك آخر الباب. قوله: (ولعل وجهه ما مر في يا فاسق) أي من أنه ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل، وأشار بقوله: «فتأمل» إلى ضعف هذا الوجه، فإنه وإن كان ألحقه بنفسه لكنا التزمنا بعقد الذمة معه أن لا نؤذيه بغير حق.

وقد يقال: إنه وصفه بما هو فيه، فهو صادق كقوله للفاسق يا فاسق مع أنه قد يشق عليه، إلا أن يفرق بأن اليهودي مثلاً لا يعتقد في نفسه أنه كافر، فتأمل. قوله: (يعزر المولى عبده) قال في الفتح: وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه، وكذا الزوجة. قوله: (لما سيجيء) أي من أن الصغر لا يمنع وجوب التعزير. قوله: (الشرعية الخ) احترازاً عما لو أمرها بنحو لبس الرجال أو بالوشم، وعما لو كانت لا تقدر عليها لمرض أو إحرام أو عدم ملكها أو نحو ذلك. قوله: (وتركها غسل الجنابة) أي إن كانت مسلمة، بخلاف الذمية لعدم خطابها به وبمنعها من الخروج إلى الكنائس. ط عن حاشية الشلبي. قوله: (وعلى الخروج من المنزل) أي بغير إذنه بعد إيفاء المهر. قوله: (لو بغير حق) فلو بحق فلها الخروج بلا إذنه، وتقدم بيانه في النفقات. قوله: (لو طاهرة الخ) أي وكانت خالية عن صوم فرض. ط عن المفتاح. قوله: (ويلحق بذلك الخ) أشار إلى أن تعزير الزوج لزوجته ليس خاصاً بالمسائل الأربعة المذكورة في المتون، ولذا قال في الولوالجية: له ضربها على هذه الأربعة وما في معناها، وهو صريح الضابط الآتي أيضاً، وكذا ما نقلناه آنفاً عن الفتح من أن له تأديب العبد والزوجة على إساءة الأدب، لكن عبر للقول بأنه لا يضربها لترك الصلاة يخص الجواز بما لا تقتصر منفعته عليها كما يفيده التعليل الآتي هناك. قوله: (ما لو ضربت ولدها الخ) هذه ذكرها في البحر بحثاً أخذاً من مسألة ضرب الجارية وقال: فإن ضرب الدابة إذا كان ممنوعاً فهذا أولى. قوله: (غيرة) بفتح الغين المعجمة ط، وهو منصوب على الحالية أو المصدرية أو التمييز، تأمل. قوله: (ولا تتعظ بوعظه) مفاده أنه

أو شتمته ولو بنحو يا حمار، أو ادعت عليه، أو مزقت ثيابه، أو كلمته ليسمعها أجنبي، أو كشفت وجهها لغير محرم، أو كلمته أو شتمته أو أعطت ما لم تجر العادة به بلا إذنه. والضابط كل معصية لا حد فيها فللزوج والمولى التعزير، وليس منه ما لو طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لأن لصاحب الحق مقالاً. بحر. (لا على ترك الصلاة) لأن المنفعة لا تعود عليه بل إليها، كذا اعتمده المصنف تبعاً للدرر على خلاف ما في الكنز والملتقى، واستظهره في حظر المجتبى.

(والأب يعزِّر الابن عليه) وقدمنا أن للوليّ ضرب

لا يعزرها أول مرة ط. قوله: (أو شتمته الخ) سواء شتمها أو لا، على قول العامة. بحر. وثبوت التعزير للزوج بما ذكر إلى قوله: «والضابط» غير مصرح به، وإنما أخذه في البحر والنهر من قول البزازية وغيرها: لو قال لها إن ضربتك بلا جناية فأمرك بيدك فشتمته الخ فضربها لا يكون الأمر بيدها، لأن ذلك كله جناية. قال في النهر: وهو ظاهر في أنه له تعزيرها في هذه المواضع اهـ.

قلت: وفيه أنه إذا كان ذلك جناية على عليها الأمر لا يلزم منه أن يكون موجب التعزير، إذ لو زنت أو سرقت فضربها لم يصر الأمر بيدها لكونه ضرباً بجناية، مع أن هذه الجناية لا توجب التعزير، فالأولى الاقتصار على الضابط. قوله: (ولو بنحو يا حمار) يبتني على ظاهر الرواية عدم التعزير في يا حمار يا أبله. وعلى القول الثاني من أنه يعزر وإن كان المقول له من الأشراف، وإلا لا ينبغي أن يفصل في الزوج إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها، والموضع يحتاج إلى تدبر وتأمل. نهر.

قلت: يظهر لي الفرق بينهما، إذ لا شك أن هذا إساءة أدب منها في حق زوجها الذي هو لها كالسيد، وقدمنا عن الفتح أن له تعزيرها بإساءة الأدب. تأمل. قوله: (أو كلمته أو شتمته) الضمير لغير المحرم. قوله: (والضابط الخ) عزاه في البحر إلى البدائع من فصل القسم بين النساء، قال: وهو شامل لما كان متعلقاً بالزوج وبغيره اهـ: أي سواء كان جناية على الزوج أو غيره. قوله: (ولا على ترك الصلاة) عطف على قوله: «وليس منه الخ» لأنه في معنى لا يضربها على طلب نفقتها ط. قوله: (تبعاً للدرر) وكذا ذكره في النهاية تبعاً لكافي الحاكم كما في البحر. وفيه عن القنية: ولا يجوز ضرب أختها الصغيرة التي ليس لها وليّ بترك الصلاة إذا بلغت عشراً. قوله: (واستظهره) أي ما في الكنز والملتقى من أن له ضربها على ترك الصلاة، وبه قال كثير كما في البحر. قوله: (والأب يعزِّر الابن عليه) أي على ترك الصلاة. ومثلها الصوم كما صرحوا به، وتعليل القنية الآتي يفيد أن الأم كالأب. والظاهر أن الوصي كذلك، وأن المراد بالابن

ابن سبع على الصلاة، ويلحق به الزوج. نهر. وفي القنية: له إكراه طفله على تعلم قرآن وأدب وعلم، لفريضته على الوالدين، وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده.

(الصغر لا يمنع وجوب التعزير) فيجري بين الصبيان (و) هذا لو كان حق عبد، أما (لو كان حق الله) تعالى بأن زنى أو سرق (منع) الصغر منه. مجتبى (من

الصغير بقرينة ما بعده، أما الكبير فكالأجنبي؛ نعم قدم الشارح في الحضانة عن البحر أنه إذا لم يكن مأموناً على نفسه فله ضمه لدفع فتنة أو عار، وتأديبه إذا وقع منه شيء.

فرع: في فصول العلامي: إذا رأى منكراً من والديه يأمرهما مرة، فإن قبلا فبها، وإن كرها سكت عنهما واشتغل بالدعاء والاستغفار لهما، فإن الله تعالى يكفيه ما أهمه من أمرهما.

له أم أرملة تخرج إلى وليمة وإلى غيرها فخاف ابنها عليها الفساد ليس له منعها، بل يرفع أمرها للحاكم ليمنعها أو يأمره بمنعها. قوله: (ابن سبع) تبع فيه النهر، والذي قدمه في كتاب الصلاة أمر ابن سبع وضرب ابن عشر اهـ ح. وهكذا ذكره القهستاني عن الملتقط، والمراد ضربه بيد لا بخشبة كما تقدم هناك. قوله: (ويلحق به الزوج) فله ضرب زوجته الصغيرة على الصلاة كالأب. قوله: (وفي القنية الخ) وفيها عن الروضة: ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمور ضربه، بخلاف الحر. قال: فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره، بخلاف المعلم، لأن المأمور يضربه نيابة عن الأب لمصلحته، والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة الولد اهـ. وهذا إن لم يكن الضرب فاحشاً كما يأتي في المتن قريباً. قوله: (فيجري بين الصبيان) أي يشرع في حقهم كما عبر الزيلعي، وهل يضرب تعزيراً بمجرد عقله أو إذا بلغ عشراً كما في ضربه على الصلاة؟ لم أره؛ نعم في البحر عن القنية: مراهق شتم عالماً فعليه التعزير اهـ. والظاهر أن المراهقة غير قيد. تأمل.

تنبيه: في شهادات البحر: لم أر حكم الصبي إذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ. ونقل الفخر الرازي عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ، ومقتضى ما في اليتيمة من كتاب السير أن الذمي إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه اهـ. قال الخير الرملي: لا وجه لسقوطه خصوصاً إذا كان حق آدمي. قوله: (وهذا لو كان حق عبد الخ) بهذا وفق صاحب المجتبى بين قول السرخسي: إن الصغر لا يمنع وجوب التعزير، وقول الترجماني: يمنع بحمل الأول على حق العبد والثاني على حقه تعالى، كما إذا شرب الصبي أو زنى أو سرق؛ وأقره في البحر والنهر، وتبعهم المصنف.

حد أو عزر فهلك فدمه هدر، (إلا امرأة عزرها زوجها) بمثل ما مر (فماتت) لأن تأديبه مباح فيتقيد بشرط السلامة. قال المصنف: وبهذا ظهر أنه لا يجب على الزوج ضرب زوجته أصلاً.

(ادعت على زوجها ضرباً فاحشاً وثبت ذلك عليه عزر، كما لو ضرب المعلم الصبيّ ضرباً فاحشاً) فإنه يعزره ويضمنه لو مات. شمني.

قلت: لكن يشكل عليه ضربه على ترك الصلاة، بل ورد أنه تضرب الدابة على النفار لا على العثار، فتأمل. قوله: (من حد أو عزر) أي من حده الإمام أو عزره كما في الهداية. قوله: (فدمه هدر) أي عندنا ومالك وأحمد، خلافاً للشافعي، لأن الإمام مأمور بالحد والتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة، وتمامه في الفتح والتبيين.

قلت: ومقتضى التعليل بالأمر أن ذلك غير خاص بالإمام، فقد مر أن لكل مسلم إقامة التعزير حال مباشرة المعصية لأنه مأمور بإزالة المنكر، إلا أن يفرق بأنه يمكنه الرفع إلى الإمام فلم تتعين الإقامة عليه، بخلاف الإمام. تأمل. قوله: (بمثل ما مر) أي من الأشياء التي يباح له تعزيره فيها ط. قوله: (فيتقيد بشرط السلامة) أي كالمرور في الطريق ونحوه.

وأورد ما لو جامع امرأة فماتت أو أفضاها، فإنه لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه مباح. وأجيب بأنه يضمن المهر بذلك، فلو وجبت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد. نهر. قوله: (قال المصنف) أخذه من كلام شيخه في البحر. قوله: (وبهذا) أي التعليل المذكور. قوله: (ضرباً فاحشاً) قيد به لأنه ليس له أن يضربها في التأديب ضرباً فاحشاً، وهو الذي يكسر العظم أو يخرق الجلد أو يسوده كما في التاترخانية. قال في البحر: وصرحوا بأنه إذا ضربها بغير حق وجب عليه التعزير اهـ: أي وإن لم يكن فاحشاً. قوله: (ويضمنه لو مات) ظاهره تقييد الضمان بما إذا كان الضرب فاحشاً، ويخالفه إطلاق الضمان في الفتح وغيره حيث قال: وذكر الحاكم لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه، وكذا المعلم إذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي اهـ. وقال في الدر المنتقى: يضمن المعلم بضرب الصبي. وقال مالك وأحمد: لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير، ولا الأب في التأديب، ولا الجد ولا الوصيّ لو بضرب معتاد، وإلا ضمنه بإجماع الفقهاء اهـ. لكن سيأتي في الجنايات قبيل باب الشهادة في القتل تفصيل، وهو الضمان في ضرب التأديب لا في ضرب التعليم لأنه واجب، ما لم يكن ضرباً غير معتاد فإنه موجب للضمان مطلقاً.

وعن الثاني لو زاد القاضي على مائة فمات تنصف الدية في بيت المال لقتله بفعل مأذون فيه وغير مأذون، فيتنصف. زيلعي.

فروع: ارتدت لتفارق زوجها تجبر على الإسلام، وتعزر خمسة وسبعين سوطاً، ولا تتزوج بغيره، به يفتى. ملتقط.

ارتحل إلى مذهب الشافعي يعزر. سراجية.

وسيأتي تمامه هناك. قوله: (وعن الثاني الخ) عبارة الزيلعي هكذا. وروي عن أبي يوسف أن القاضي إذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك، لأنه قد ورد: أن أكثر ما عزر به مائة فإن زادت على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال، لأن ما زاد على المائة غير مأذون فيه؛ فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف اهـ. فعلم أن الكلام في القاضي الذي يرى ذلك اجتهاداً أو تقليداً، وقدمنا أول الباب استدلال أئمتنا بحديث: «مَنْ بَلَغَ حَدّاً في غير حَدٍّ فَهُوَ مِنَ المُعْتَدِينَ» ومقتضى ما قررناه هناك وجوب الضمان إذا تعدى بالزيادة مطلقاً، وأن هذه الرواية غير معتمدة عند الكل، فافهم. قوله: (وتعزر خمسة وسبعين) جرى على ظاهر الرواية عن أبي يوسف، وقدمنا ترجيح قولهما: إذ لا يبلغ التعزير أربعين. قوله: (ولا تتزوج بغيره) بل تقدم أنها تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير، وهذه إحدى روايات ثلاث تقدمت في الطلاق. الثانية أنها لا تبين رداً لقصدها السيىء. الثالثة ما في النوادر من أنه يتملكها رقيقة إن كان مصرفاً ط.

مطلب فيما إذا ارتحل إلى غير مذهبه

قوله: (ارتحل إلى مذهب الشافعي يعزر) أي إذا كان ارتحاله لا لغرض محمود شرعاً، لما في التاترخانية: حكي أن رجلاً من أصحاب أبي حنيفة خطب إلى رجل من أصحاب الحديث ابنته في عهد أبي بكر الجوزجاني فأبى إلا أن يترك مذهبه فيقرأ خلف الإمام ويرفع يديه عند الانحطاط ونحو ذلك فأجابه فزوجه، فقال الشيخ بعد ما سئل عن هذه وأطرق رأسه: النكاح جائز، ولكن أخاف عليه أن يذهب إيمانه وقت النزع لأنه استخف بمذهبه الذي هو حق عنده وتركه لأجل جيفة منتنة، ولو أن رجلاً برىء من مذهبه باجتهاد وضح له كان محموداً مأجوراً. أما انتقال غيره من غير دليل، بل لما يرغب من عرض الدنيا وشهوتها فهو المذموم الآثم المستوجب للتأديب والتعزير لارتكابه المنكر في الدين واستخفافه بدينه ومذهبه اهـ. ملخصاً. وفيها عن الفتاوى النسفية: الثبات على مذهب أبي حنيفة خير وأولى، قال: وهذه الكلمة أقرب إلى الألفة اهـ.

قذف بالتعريض: يعزر. حاوي.

زنى بامرأة ميتة: يعزر. اختيار.

ادعى على آخر أنه وطىء أمته وحبلت فنقصت: فإن برهن فله قيمة النقصان.

وفي آخر التحرير للمحقق ابن الهمام: مسألة لا يرجع فيما قلد فيه، أي عمل به اتفاقاً، وهل يقلد غيره في غيره؟ المختار نعم للقطع بأنهم كانوا يستفتون مرة واحداً ومرة غيره غير ملتزمين مفتياً واحداً، فلو التزم مذهباً معيناً كأبي حنيفة والشافعي: فقيل يلزم، وقيل لا، وقيل مثل من لم يلتزم، وهو الغالب على الظن لعدم ما يوجبه شرعاً اهـ. ملخصاً. قال شارحه المحقق ابن أمير حاج: بل الدليل الشرعي اقتضى العمل بقول المجتهد وتقليده فيه فيما احتاج إليه وهو: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ﴾ [النحل: ٤٣] والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، فإذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به، وأما التزامه فلم يثبت من السمع اعتباره ملزماً إنما ذلك في النذر، ولا فرق في ذلك بين أن يلتزمه بلفظه أو بقلبه. على أن قول القائل مثلاً قلدت فلاناً فيما أفتى به تعليق للتقليد والوعد به، ذكره المصنف اهـ.

مطلب: العامي لا مذهب له

قلت: وأيضاً قالوا: العامي لا مذهب له، بل مذهبه مذهب مفتيه، وعلله في شرح التحرير بأن المذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال وبصر بالمذهب على حسبه، أو لمن قرأ كتاباً في فروع ذلك المذهب وعرف فتاوى إمامه وأقواله. وأما غيره ممن قال أنا حنفي أو شافعي لم يصر كذلك بمجرد القول كقوله أنا فقيه أو نحوي اهـ. وتقدم تمام ذلك في المقدمة أول هذا الشرح، وإنما أطلت في ذلك لئلا يغتر بعض الجهلة بما يقع في الكتب من إطلاق بعض العبارات الموهمة خلاف المراد فيحملها على تنقيص الأئمة المجتهدين، فإن العلماء حاشاهم الله تعالى أن يريدوا الازدراء بمذهب الشافعي أو غيره، بل يطلقون تلك العبارات بالمنع من الانتقال خوفاً من التلاعب بمذاهب المجتهدين، نفعنا الله تعالى بهم، وأماتنا على حبهم آمين. يدل لذلك ما في القنية رامزاً لبعض كتب المذهب: ليس للعامي أن يتحول من مذهب إلى مذهب، ويستوي فيه الحنفي والشافعي اهـ. وسيأتي إن شاء الله تعالى تمام ذلك في فصل القبول من الشهادات. قوله: (قذف بالتعريض) كأن قال أنا لست بزان يعزر، لأن الحد سقط للشبهة، وقد ألحق الشين بالمخاطب، لأن المعنى بل أنت زان فيعزر، وظاهر التقييد بالقذف أنه لو شتم بالتعريض لا يعزر (قوله فله قيمة النقصان) أي له قدر ما

وإن حلف خصمه فله تعزير المدعي. منية.

وفي الأشباه: خدع امرأة إنسان وأخرجها وزوجها ويحبس حتى يتوب أو يموت لسعيه في الأرض بالفساد.

من له دعوى على آخر فلم يجده فأمسك أهله للظلمة فحبسوهم وغرموهم. عزر.

يعزر على الورع البارد، كتعريف نحو تمر.

التعزير لا يسقط بالتوبة كالحد. قال: واستثنى الشافعي ذوي الهيئات.

قلت: قد قدمناه لأصحابنا من القنية وغيرها. وزاد الناطفي في أجناسه: ما

نقص من قيمتها، ولم يذكر أنه يحد أو لا لعلمه مما مر في بابه، وتقدم قبيل باب الشهادة على الزنا ما لو زنا بأمة فقتلها أنه يجب الحد والقيمة بالقتل، وفي إفضائها تفصيل طويل. قوله: (وإن حلف خصمه) أي عند عدم البرهان. قوله: (حتى يتوب أو يموت) عبارة غيره: حتى يردها. وفي الهندية وغيرها: قال محمد: أحبسه أبداً حتى يردها أو يموت. قوله: (يعزر على الورع البارد الخ) قال في التاتارخانية: روي أن رجلاً وجد تمرة ملقاة فأخذها وعرّفها مراراً ومراده إظهار ورعه وديانته، فقال له عمر رضي الله تعالى عنه: كلها يا بارد الورع، فإنه ورع يبغضه الله تعالى، وضربه بالدرة. اهـ.

قلت: وبه علم أن مراده ما كان على وجه الرياء كما أفاده بقوله: «البارد» فافهم. فلو كان من أهل الورع فهو ممدوح كما نقل أن امرأة سألت بعض الأئمة عن الغزل على ضوء العسس حين يمرّ على بيتها فقال من أنت؟ فقالت: أنا أخت بشر الحافي، فقال لها: لا تفعلي، فإن الورع خرج من بيتكم. قوله: (التعزير لا يسقط بالتوبة) لما مر أن الذمي إذا لزمه التعزير فأسلم لم يسقط عنه، لكن هذا مقيد بما إذا كان حقاً لعبد، أما ما وجب حقاً لله تعالى فإنه يسقط كما في شهادات البحر. حموي على الأشباه. قوله: (قلت قد قدمناه لأصحابنا الخ) تقدم ذلك عند قوله: «والشهادة على الشهادة» وهذا جواب لقول الأشباه: ولم أره لأصحابنا اهـ.

قلت: وفي كفالة كافي الحاكم الشهيد: وإذا كان المدعى عليه رجلاً له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول ما فعل. وذكر عن الحسن رضي الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ «تَجَافَوْا عَنْ عُقُوبَةِ ذِي الْمُرُوءَةِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ»[1]. اهـ. وقال البيري: وفي الأجناس عن كفالة الأصل: لو ادعى قبل إنسان

---

(١) أخرجه الشافعي (١٤٨٤) والطبراني في الصغير ٢/ ٤٣ والطحاوي في المشكل ٣/ ١٣٠ وانظر المجمع ٦/ ٢٨٣.

لم يتكرر فيضرب للتعزير، وفي الحديث «تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة، لا في الحد».

وفي شرح الجامع الصغير للمناوي الشافعي في حديث «اتَّقِ اللهَ، لا تأتي يَوْمَ القِيَامَةِ بِبَعِيرٍ تَحْمِلُهُ عَلَى رَقَبَتِكَ لَهُ رُغَاءٌ، أَوْ بَقَرَةٍ لَهَا خُوَارٌ، أَوْ شَاةٍ لَهَا ثُوَاجٌ»

شتيمة فاحشة أو أنه ضربه عزر أسواطاً، وإن كان المدعى عليه رجلاً له مروءة وخطر استحسنت أنه لا يعزر إذا كان أول ما فعل. وفي نوادر ابن رستم عن محمد: وعظ حتى لا يعود إليه، فإن عاد وتكرر منه ضرب التعزير. قلت لمحمد: والمروءة عندك في الدين والصلاح؟ قال: نعم. وفي التمرتاشي: إن كان له خطر ومروءة، فالقياس أن يعزر، وفي الاستحسان لا، إن كان أول ما فعل، فإن فعل في مرة أخرى علم أنه لم يكن ذا مروءة والمروءة مروءة شرعية وعقلية رسمية اهـ. ملخصاً.

تنبيه: قال ابن حجر في الفتاوى الفقهية: جاء الحديث من طرق كثيرة من رواية جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة، منها «أَقِيلُوا ذَوِي الهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِم إلَّا الحُدُودَ»[1] وفسرهم الشافعي بأنهم الذين لا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة فيترك. وقيل هم أصحاب الصغائر دون الكبائر. وقيل الذين إذا وقع منهم الذنب تابوا، والأول أظهر وأمتن اهـ. ملخصاً.

قلت: وقول أئمتنا: إذا كان أول ما فعل، يشير إلى التفسير الأول، وكذا ما مر من تفسير المروءة. قوله: (في حديث اتق الله لا تأتي الخ) لفظ الجامع الصغير «اتَّقِ اللهَ يا أبا الوَلِيدِ» وقوله: «لا تأتي» أصله «لئلا تأتي» فحذفت اللام، كذا في المناوي ح.

قلت: ومقتضاه أن تأتي منصوب بأن المضمرة بعد اللام المقدرة مع أن شرط إضمار «أن» عدم وجود «لا» بعدها، مثل لتعلم أي الحزبين. فلو وجدت امتنع الإضمار مثل لئلا يعلم. إلا أن يقال: سوغ ذلك عدم التصريح باللام التعليلية، لكنه يتوقف على كون الرواية بالنصب، وإلا فالأظهر أنه نفي بمعنى النهي مثل: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾ [البقرة: ١٩٧] أو نهي والياء للإشباع؛ وعلى كل فهو نهي عن المسبب، والمراد النهي عن السبب مثل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ﴿وَلَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ﴾ أي لا تفعلوا سبب القتل والفتنة، وهنا المراد النهي عن منع زكاة المواشي أو السرقة التي هي سبب الإتيان بما ذكر. وعلى هذا التقرير يظهر في الحديث نكات لطيفة لا تخفى على المتأمل، فافهم. قوله: (له رغاء الخ) الرغاء صوت الإبل، كما أن

(1) أخرجه أحمد ٦/ ١٨١، والبخاري في الأدب المفرد ص ١٦٤ (٤٦٥) وأبو داود ٤/ ٥٤٠ (٤٣٧٥) والطحاوي في المشكل ٣/ ١٢٩.

قال يؤخذ منه تجريس السارق ونحوه فليحفظ، والله تعالى أعلم.

كتاب السرقة

(هي) لغة أخذ الشيء من الغير خفية، وتسمية المسروق سرقة مجاز.

الخوار صوت البقر. والثؤاج بالثاء المثلثة المضمومة وبعدها همزة مفتوحة ممدودة ثم جيم: صوت الغنم ط. قوله: (قال يؤخذ منه) عبارة المناوي: قال ابن المنير: فأظن أن الحكام أخذوا بتجريس السارق ونحوه من هذا الحديث ونحوه اهـ ح. والتجريس بالقوم: التسميع بهم قاموس. قلت: وهو معنى التشهير الذي ذكروه عندنا في شاهد الزور.

ففي التاترخانية: قال أبو حنيفة في المشهور: يطاف به ويشهر، ولا يضرب. وفي السراجية: وعليه الفتوى. وفي جامع العتابي: التشهير أن يطاف به في البلد وينادي عليه في كل محلة إن هذا شاهد الزور فلا تشهدوه. وذكر الخصاف في كتابه أنه يشهر على قولهما بغير الضرب. والذي روي عن عمر أنه يسخم وجهه فتأويله عند السرخسي أنه بطريق السياسة إذا رأى المصلحة، وعند الشيخ الإمام أنه التفضيح والتشهير فإنه يسمى سواداً اهـ. ملخصاً. وسيأتي تمامه فيي باب الرجوع عن الشهادة إن شاء الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

كتاب السرقة

عقب به الحدود لأنه منها مع الضمان. قهستاني. قلت: وكأنهم ترجموا لها بالكتاب دون الباب لاشتمالها على بيان حكم الضمان الخارج عن الحدود، فكانت غيرها من وجه، فأفردت عنها بكتاب متضمن لأبواب. تأمل.

قال القهستاني: وهي نوعان، لأنه إما أن يكون ضررها بذي المال أو به وبعامة المسلمين، فالأول يسمى بالسرقة الصغرى والثاني بالكبرى، بين حكمها في الآخر لأنها أقل وقوعاً وقد اشتركا في التعريف وأكثر الشروط اهـ. أي لأن المعتبر في كل منهما أخذ المال خفية، لكن الخفية في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير. وفي الكبرى عن عين الإمام الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم كما في الفتح، والشروط تعلم مما يأتي. قوله: (هي لغة أخذ الشيء الخ) أفاد أنها مصدر وهي أحد خمسة. ففي القاموس: سرق منه الشيء يسرق: أي من باب ضرب سرقا محركة وككتف، وسرقة محركة: أي ككلمة وكفرجة: أي بضم فسكون، وسرقا بالفتح أي مع السكون، والاسم السرقة بالفتح وكفرجة وكتف اهـ. موضحاً. قوله: (خفية) بضم الخاء وكسرها ط عن المصباح. قوله: (مجاز) أي من

وشرعاً باعتبار الحرمة أخذه كذلك بغير حق، نصاباً كان أم لا، وباعتبار القطع (أخذ مكلف) ولو أنثى أو عبداً أو كافراً أو مجنوناً حال إفاقته

إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول كالخلق بمعنى المخلوق. قوله: (وشرعاً باعتبار الحرمة الخ) يعني أن لها في الشرع تعريفين. تعريفاً باعتبار كونها محرمة، وتعريفاً باعتبار ترتب حكم شرعي عليها، وهو القطع، ومرّ نظيره في الزنا. قوله: (أخذه كذلك) أي أخذ الشيء خفية. قوله: (أخذ مكلف) شمل الأخذ حكماً، وهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر واحد، ويخرجوه من المنزل، فإن الكل يقطعون استحساناً، وسيأتي. بحر. وأخرج الصبي والمجنون لأن القطع عقوبة وهما ليسا من أهلها، لكنهما يضمنان المال كما في البحر. قوله: (أو عبداً) فهو كالحر هنا، لأن القطع لا يتنصف، بخلاف الجلد. قوله: (أو كافراً) الأولى أو ذمياً لما في كافي الحاكم أن الحربي المستأمن إذا سرق في دار الإسلام لم يقطع في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: أقطعه[1]. قوله: (أو مجنوناً حال إفاقته) الأولى أن

(1) إذا سرق مسلم أو كافر من مال مسلم فإما أن يكون مضموناً أو سرقة، فإن كان عمداً [illegible] ما [illegible] وضمانه إن تلف [illegible]. أما إذا سرق المسلم من مال كافر، فإن كان المال متقوماً في الشريعة الإسلامية فالحكم كما لو سرق المسلم [illegible]، أما إذا كان المال غير متقوم في شريعة الإسلام بأن كان خمراً أو خنزيراً، فقد اختلف الفقهاء في ضمان [illegible]، فذهب الحنفية والمالكية إلى القول بالضمان فيهما، وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بعدم الضمان، ووافقهم الإمام أبو حنيفة إن كان [illegible] ووافق الأئمة إذا كان حراً. استدل القائلون بعدم الضمان أولاً

بما روى جابر عن النبي ﷺ قال: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» رواه البخاري ومسلم.

وبما روي عنه قال: «حرمت التجارة في الخمر» وقوله: «إن الله [illegible] حرم الخمر وثمنها وحرم الخنزير وثمنه والميتة وثمنها».

دلت هذه الروايات على حرمة الخمر والخنزير، ومعنى أن حرمتهما مطلقة [illegible] عن أن تكون مالاً، لأن المال ما يكون منتفعاً به حقيقة ويكون مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق، وهذا ليس كذلك، وإذا [illegible] فلا ضمان على متلفهما، لأن شرط المضمون أن يكون مالاً متقوماً.

[illegible] الأحاديث [illegible] تحريم [illegible] وليس في الشرع ما [illegible] من [illegible] لأنها [illegible] من الإتلاف [illegible] فلا [illegible] لعدم [illegible] الأحاديث لها بالتحريم [illegible] بين الثمن والقيمة، ألا ترى أن أم الولد [illegible] بيعها حرام [illegible] بالإتلاف [illegible].

بأن الخمر والخنزير [illegible] تقومهما في حق [illegible] يسقط تقومهما في حق الذمي لكونه تبعاً للمسلم في الأحكام [illegible] عليه السلام [illegible] فإذا [illegible] أنهم [illegible] لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم، ولأن عقد الذمة [illegible] الإسلام [illegible] ليست [illegible] بالمسلم [illegible].

= له ذلك فكانت مالاً متقوماً، فيجب أن يختلفا في ضمانها لكونها متقومة عند الكافر دون المسلم، ثم كونها ليسا بمحل عند المسلم غير مسقط لتقومها في حق الذمي؛ لأن الإسلام لكماله لا تقر معه مفسدة ولا كذلك عند الذمة، فإنه لنقصه تثبت معه المفسدة.

واستدلوا ثالثاً:

بأن الذمي كالمسلم في عدم القطع بسرقتها فيساويه في ضمانها وعدم ضمانها، وهي غير مضمونة على المسلم فكذلك الذمي. ولأن اعتقاد الذمي تمولها من اعتقاده الكفر، والإسلام لا ينزله إلى الكفر، ويدل على أن المسلم لا يتبعه في الاعتقاد أنهم يعتقدون العبد المرتد مالاً، ولا يضمن بالإتلاف من المسلم للذمي ولا من الذمي للمسلم، وكذا المصحف والشحوم ليست بمال في اعتقادهم ومع هذا نضمنها لهم ويضمنونها لنا، على أنا لو قلنا بضمانها على المسلم نضمن بمثل، وهو غير قادر عليه، فلما لم يضمنها بالمثل لم تكن مضمونة.

ونوقش: بأن الذمي متمكن من شربها والتصرف فيها دون المسلم فيختلفان في ضمانها، وتمنع كونها غير معصومة فإن من المسلم به أنه لو كانت لهم قافلة فيها خمر فمر بها قطاع الطريق وجب على الإمام حمايتها، وهذا دليل حرمتها وعصمتها.

واعتقاد المسلمين متعلق بالمعقد، فإنهم معتقدوا التثليث والصاحبة والولد، وقد نزل اعتقاد الإسلام إياهم ملة منهم على اعتقادهم. وعدم ضمان العبد المرتد لكونه لا يقر على دينه، ولأنه أباح دم نفسه بالردة فصار كما لو أباحها الذمي ماله أو غيره، فإنه يسقط ضمانه وأما المصحف فهم يعدونه كلاماً صحيحاً فصيحاً، ويحترمونه ويعظمونه أولاهم كالشعر الحسن، والمسلم إنما وجبت عليه القيمة دون المثل؛ لأنه لما لم يتمكن من تملكها لحرمتها عليه لم يتمكن من ضمان المثل، فعدل عنه إلى القيمة كما في إتلاف المكيلات عند جهالة كيلها وجب ضمانها بالقيمة، وهي علة تعتبر ضمان المثل.

واستدل القائلون بالضمان: أولاً:

أن الخمر مال متقوم في حق الذميين بدليل ما كتبه عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري: وقيل إلى سمرة بن جندب - في عشور أهل الذمة وقد سأله ماذا نفعل بها عند مرورها بالعاشر: أن ولوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها فإن هذا يصحح العقد عليها ويجعل لها أثماناً؛ إذ أمر الإمام العادل بالبيع يدل على أن البيع منعقد، كما أن تسمية ما يقابلها ثمناً وهو لا يكون إلا بالبيع الصحيح عند الإطلاق دليل على ذلك، وإذا كانت مالاً وجب ضمانها كسائر الأموال ونوقش هذا الدليل:

بأن قول عمر: «ولوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها» محتمل لمعنيين كلاهما لا يثبت المدعى. الأول: ولوهم ما تولوه من بيعها، ولا تعترضوا عليهم فيما يفعلونه، ومعنى خذوا العشر من أثمانها أي من أموالهم وإن اختلطت أثمانها بها بدليل ما أجمع عليه من بطلان ثمنها. الثاني: أنه محمول على العصير الذي يصير خمراً لاتفاقنا وإياهم على إباحة بيعها عصيراً.

وأجيب: بأن هذا لا يصح مع الإضافة في قولهم: ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها، ولو كانت عصيراً لما كانت هناك حاجة إلى توليتهم بيعها.

ونوقش أيضاً: بأن المروي عن عمر محمول على أنه أراد أن لا تتعرض والأمر بأخذ العشر من أموالهم؛ لأنهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك، ولم ننقضه، فيكون تسميتها أثماناً مجازاً كقوله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس﴾ فسمى ثمن يوسف ثمناً.

أجيب: بأن الحمل على ذلك لا يسقط ضمان الخمر والخنزير؛ لأن الحكم بالملك لهم دليل تقومه فيضمن عند الإتلاف. واستدلوا ثانياً:

بأن عقد الذمة يفيد إقرارهم على شربها والتصرف فيها، فسقوط ضمانها عند إتلافها يترتب عليه نقض أمانهم وحمل الناس على إراقتها بغير مبرر، وفي ذلك نهب لما ضمنا لهم المحافظة عليه، فيجب ضمانها عند الإتلاف كسائر أموالهم وفاء لهم بالعهد ومحافظة على عدم نقضه، ونوقش: =

(ناطق بصير) فلا يقطع أخرس لاحتمال نطقه بشبهة، ولا أعمى لجهله بمال غيره (عشرة دراهم) لم يقل مضروبة لما في المغرب: الدراهم اسم للمضروبة (جياداً أو مقدارها)

في حال الإفاقة عاقل لا مجنون، إلا أن يجعل حال إفاقته ظرفاً للأخذ. فكأنه قال: أخذ مجنون في حال إفاقته، فيصدق عليه أخذ مكلف، وإنما سماه مجنوناً نظراً إلى حاله في غير وقت الأخذ، فيرجع إلى ما قلنا. تأمل.

والحاصل كما في البحر والنهر أنه إذا كان يجن ويفيق، فإذا سرق في حال إفاقته قطع، وإلا فلا اهـ. بقي لو جنَّ بعد الأخذ هل يقطع أم تنتظر إفاقته؟ قال السيد أبو السعود: ظاهر ما قدمه في النهر من أنه يشترط لإقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضي اشتراط إفاقته، إلا أن يفرق بين الجلد والقطع بأن الذي يحصل به الجلد لا فائدة فيه فيها لزوال الألم قبل الإفاقة، بخلاف القطع اهـ.

قلت: لكن في حد الشرب من البحر: إذا أقرَّ السكران بالسرقة ولم يقطع لسكره أخذ منه المال، ثم قال شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت، وكذا بالزنا وهو سكران، كما إذا زنى وهو سكران وكذا بالسرقة وهو سكران، ويحد بعد الصحو ويقطع اهـ. فهذا يفيد اشتراط صحوه، إلا أن يفرق بين المجنون والسكر بأن السكر له غاية، بخلاف الجنون، لكن الظاهر انتظار إفاقته لاندراء الحد بالشبهة، وهي هنا احتمال إبدائه ما يسقطه إذا أفاق كما لا يقطع الأخرس لذلك. تأمل. قوله: (ناطق بصير) زاد في البحر هنا قيداً آخر، وهو كونه صاحب يد يسرى ورجل يمنى صحيحتين، وسيأتي في فصل القطع. قوله: (لجهله بمال غيره) يعني أن مقتضى حاله ذلك. قوله: (عشرة دراهم) لما رواه أبو حنيفة مرفوعاً: «لا تُقْطَعُ اليَدُ في أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ»[1] ورجح هذه على رواية «ربع دينار»[2] ورواية «ثلاثة دراهم» لأن الأخذ بالأكثر أحوط احتيالاً للدرء كما بسطه في الفتح، وأطلق الدراهم فانصرفت إلى المعهودة، وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة. بحر. ومثله في الهداية وغيره. وبحث فيه الكمال بأن الدراهم كانت في زمنه ﷺ مختلفة: صنف عشرة وزن خمسة، وصنف وزن ستة، وصنف وزن عشرة، فمقتضى ترجيحهم الأكثر فيما مر ترجيحه لنا أيضاً، وتمامه في الشرنبلالية. قوله: (ولم يقل مضروبة) أي مع أن ذلك شرط للقطع في ظاهر الرواية. قوله: (جياداً) فلو سرق زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقة فلا قطع، إلا أن تكون كثيرة قيمتها نصاب من الجياد. بحر. قوله: (أو مقدارها) أي قيمة،

---

(١) أخرجه ابن الجوزي في العلل ٢/ ٧٨٢ وانظر نصب الراية ٣/ ٣٠٧، ٣٠٨.

(٢) أخرجه البخاري ١٢/ ٩٦ (٦٧٨٩) ومسلم ٣/ ١٣١٢ (٢) (١٦٨٤).

فلا قطع بنقرة وزنها عشرة لا تساوي عشرة مضروبة، ولا بدينار قيمته دون عشرة. وتعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه بتقويم عدلين لهما معرفة بالقيمة، ولا قطع عند اختلاف المقومين. ظهيرية **(مقصودة)** بالأخذ، فلا قطع بثوب قيمته دون عشرة وفيه دينار أو دراهم مصرورة إلا إذا كان وعاء لها عادة. مجتبى **(ظاهرة الإخراج)** فلو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج ثم يقطع، ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للمال **(خفية)** ابتداء وانتهاء لو الأخذ نهاراً، ومنه ما بين العشاءين، وابتداء فقط لو ليلاً، وهل العبرة لزعم السارق أو لزعم

فلو سرق نصف دينار قيمته النصاب قطع عندنا. بحر. وهو عطف على عشرة. نهر.

قوله: **(فلا قطع بنقرة)** هي القطعة المذابة من الذهب والفضة قاموس، والمراد الثاني ط. وهذا محترز كون العشرة مضروبة. ومثله ما لو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مسكوكة لا يقطع لأنه مخالف للنص في محل النص، وهو أن يسرق فضة وزن عشرة كذا في الفتح، فأفاد أن الفضة غير المسكوكة يعتبر فيها الوزن والقيمة: أي كونها وزنها عشرة تساوي عشرة مسكوكة، فلا قطع لو نقص الوزن عن عشرة وإن بلغ قيمة المسكوكة كمسألتنا هذه، ولا في عكسه كمسألة النقرة. قوله: **(ولا بدينار)** محترز قوله: «أو قيمتها». وأفاد به أن غير الدراهم يقوم بها وإن كان ذهباً كما في الفتح.

قوله: **(وقت السرقة ووقت القطع)** فلو كانت قيمته يوم السرقة عشرة فانتقص وقت القطع لم يقطع، إلا إذا كان النقص لعيب حدث أو لفوات بعض العين كما في الفتح والنهر. قوله: **(ومكانه)** فلو سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمته فيها أقل لا يقطع. فتح. قوله: **(بتقويم عدلين)** حال من قوله أو مقدارها. قوله: **(عند اختلاف المقومين)** أي بأن قومه عدلان بنصاب وعدلان آخران بأقل منه. وأما لو اختلفوا بعد اتفاقهم على النصاب فإنه لا يضر كما هو ظاهر. قوله: **(إلا إذا كان وعاء لها عادة)** لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم؛ ألا ترى أنه لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوي درهماً. بحر. وفهم منه أنه لو علم بما في الثوب يقطع كما صرح به في المبسوط، لأن المعتبر ظهور قصد النصاب، وكون المسروق كيساً فيه دلالة القصد، ولا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم، كما في الفتح. فإقراره بالعلم بما في الثوب فيه دلالة القصد بالأولى. قوله: **(ولا ينتظر)** أي إذا طلب المالك تغوطه فله ذلك في الحال لوجود سببه لأنه يقدر على تسليمه للحال فصار مستهلكاً. قوله: **(خفية)** خرج به الأخذ مغالبة أو نهباً، فلا قطع به لو كان في المصر نهاراً وإن دخل خفية استحساناً. نهر. قوله: **(وابتداء فقط لو ليلاً)** حتى لو دخل البيت ليلاً خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع. بحر. قوله: **(وهل العبرة)** أي في

أحدهما؟ خلاف (من صاحب يد صحيحة) فلا يقطع السارق من السارق. فتح (مما لا يتسارع إليه الفساد) كلحم وفواكه. مجتبى. ولا بد من كون المسروق متقوماً مطلقاً؛ فلا قطع بسرقة خمر مسلم، مسلماً كان السارق أو ذمياً، وكذا الذمي إذا سرق من ذمي خمراً أو خنزيراً أو ميتة لا يقطع لعدم تقومها عندنا. ذكره الباقاني (في دار العدل) فلا يقطع بسرقة في دار حرب أو بغي. بدائع (من حرز

الخفية لزعم السارق أن رب الدار لم يعلم به أم لزعم أحدهما، وإن كان رب الدار فيه خلاف. ويظهر ذلك فيما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم يعلم، فالخفية هنا في زعم رب الدار لا في زعم السارق. ففي الزيلعي: لا يقطع لأنه جهر في زعمه. وفي الخلاصة والمحيط والذخيرة: يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما، أما لو زعم اللص أنه لم يعلم به مع أنه عالم يقطع اكتفاء بزعمه الخفية، وكذا لو لم يعلما اتفاقاً. وأما لو علما فلا قطع بالمسألة رباعية، كما أفاده في البحر. قوله: (من صاحب يد صحيحة) حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع. فتح. قوله: (فلا يقطع السارق من السارق) هكذا أطلقه الكرخي والطحاوي، لأن يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان ضائعاً، قلنا نعم، لكن يده يد غصب والسارق منه يقطع. والحق ما في نوادر هشام عن محمد: إن قطعت الأولى لم أقطع الثاني، وإن درئ عنه الحد قطعته، ومثله في أمالي أبي يوسف، كذا في الفتح. نهر. وعلى هذا التفصيل مشى المصنف في الباب الآتي.

تنبيه: في كافي الحاكم: ولا يقطع السارق من مال الحربي المستأمن. قوله: (مما لا يتسارع إليه الفساد) سيأتي هذا في المتن مع أشياء أخر لا يقطع بها؛ فإذا كان مراده استيفاء الشروط كان عليه ذكر الباقي. تأمل. قوله: (متقوماً مطلقاً) أي عند أهل كل دين. ط. قوله: (فلا قطع بسرقة خمر مسلم) هذه العبارة مع التطويل لا تشمل سرقة المسلم خمر الذمي، ولو قال فلا قطع بسرقة خمر لكان أخصر وأشمل اهـ ح. قوله: (بدائع) تمام عبارتها على ما في البحر: فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض في دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق، لا يقطعه الإمام اهـ.

قلت: وظاهره أن الحكم كذلك لو سرق في دار البغي ثم خرجوا إلى دار العدل. تأمل. ولم يذكر سرقة أهل العدل من أهل البغي وعكسه.

وفي كافي الحاكم: رجل من أهل العدل أغار على عسكر البغي ليلاً فسرق من رجل منهم مالاً فجاء به إلى إمام العدل: لا يقطعه، لأن لأهل العدل أخذ أموالهم على وجه السرقة ويمسكه إلى أن يتوبوا أو يموتوا، وفي العكس لو أخذ بعد ذلك فأتى به إمام أهل العدل لم يقطعه أيضاً لأنه محارب يستحل هذا اهـ. ملخصاً. قوله: (من حرز)

بمرة واحدة) اتحد مالكه أم تعدد (لا شبهة ولا تأويل فيه) وثبت ذلك عند الإمام.

هو على قسمين: حرز بنفسه، وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والصناديق. أو بغيره، وهو كل مكان غير معد للإحراز وفيه حافظ كالمساجد والطرق والصحراء. وفي القنية: لو سرق المدفون في مفازة يقطع بحر.

قلت: وجزم المقدسي بضعف ما في القنية كما نذكره في النباش. قوله: (بمرة واحدة) فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع زيلعي وغيره.

قلت: وهذا لو أخرجه إلى خارج الدار لما في الجوهرة: ولو دخل داراً فسرق من بيت منها درهماً فأخرجه إلى صحنها ثم عاد فسرق درهماً آخر وهكذا حتى سرق عشرة فهذه سرقة واحدة، فإذا أخرج العشرة من الدار قطع، وإن خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات، لم يقطع، لأنها سرقات اهـ. ومثله في التاترخانية، لكن ذكر في الجوهرة أيضاً: لو أخرج نصاباً من حرز مرتين فصاعداً، إن تخلل بينهما إطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب، فالإخراج الثاني سرقة أخرى فلا يجب القطع إذا كان المخرج في كل دفعة دون النصاب، وإن لم يتخلل ذلك قطع اهـ. ومثله في النهر عن السراج قبيل فصل القطع. فقوله: وإن لم يتخلل ذلك قطع، يقتضي أنه لو أخرج بعض النصاب إلى خارج الدار ثم عاد قبل اطلاع المالك وإصلاحه النقب أو إغلاقه الباب أنه يقطع، وهو خلاف ما أطلقه هو وغيره من عدم القطع كما علمت، لأنه لم يصدق عليه أنه في كل مرة أخرج نصاباً من حرز بل بعض نصاب؛ نعم اطلاع المالك له اعتبار في مسألة أخرى ذكرها في الجوهرة أيضاً، وهي لو نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئاً إلا في الليلة الثانية، إن كان ظاهراً وعلم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع، وإلا قطع اهـ. ووجهه ظاهر، وهو أنه لو علم به ولم يسده لم يبق حرزاً وإلا بقي حرزاً، إذ لو لم يبق حرزاً لزم أن لا تتحقق سرقته بعد هتك الحرز. قوله: (اتحد مالكه أم تعدد) فلو سرق واحد من جماعة قطع، ولو سرق اثنان نصاباً من واحد فلا قطع عليهما، فالعبرة للنصاب في حق السارق لا المسروق منه بشرط أن يكون المحرز واحداً، فلو سرق نصاباً من منزلين فلا قطع والبيوت من دار واحدة بمنزلة بيت واحد، حتى لو سرق من عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة من كل واحد منهم درهماً قطع، بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة فيها حجر كما في البدائع. بحر. وسيأتي مسألة الحجر. قوله: (لا شبهة ولا تأويل فيه) أخرج بالأول السرقة من دار أبيه ونحوه وبالثاني سرقة مصحف بتأويل أخذه للقراءة. أفاده ط. قوله: (وثبت ذلك الخ) لا يصح كون ذلك جزءاً من التعريف، بل هو شرط للقطع كما

كما سيتضح (فيقطع إن أقرّ بها مرة) وإليه رجع الثاني (طائعاً) فإقراره بها مكرهاً باطل. ومن المتأخرين من أفتى بصحته ظهيرية. زاد القهستاني معزياً لخزانة المفتين: وعن ضربه ليقرّ، ومستحقه (أو شهد رجلان) ولو عبداً شرط حضرة مولاه، ولا تقبل على إقراره ولو بحضرته (وسألهما الإمام كيف هي؟ وأين هي؟ وكم هي؟) زاد في الدرر: وما هي؟ ومتى هي؟ (وممن سرق؟ وبيناها) احتيالاً للدرء، ويحبسه حتى يسأل عن الشهود لعدم الكفالة في الحدود، ويسأل المقر

أفاده بقوله فيقطع إن أقرّ مرة أو شهد رجلان الخ. تأمل. قوله: (وإليه رجع الثاني) أي أبو يوسف، وكان أولاً يقول: لا يقطع إلا إذا أقرّ مرتين في مجلسين مختلفين كما في الزيلعي. قوله: (ومن المتأخرين من أفتى بصحته) مقتضى صنيعه أن ذلك صحيح في حق القطع، ولا يخفى ما فيه لأن القطع حد يسقط بالشبهة، والإنكار أعظم شبهة مع أنه سيأتي أنه لا قطع بنكوله عن اليمين، وأنه لو أقرّ ثم هرب لا يتبع، فيتعين حمل ما ذكره على صحته في حق الضمان. قوله: (أو شهد رجلان) فلا يقبل رجل وامرأتان للقطع بل للمال، وكذا الشهادة على الشهادة كما في كافي الحاكم. قوله. (ولو عبداً) تعميم للضمير في «عليه» المقدر بعد قوله: «أو شهد رجلان» وسيأتي الكلام على سرقة العبد في الباب الآتي.

قوله: (وسألهما الإمام كيف هي) ليعلم أنه أخرج من الحرز أو ناول من هو خارج، وأين هي؟ ليعلم أنها ليست في دار الحرب، وكم هي؟ ليعلم أنها نصاب أم لا. قوله: (زاد في الدرر) نقله في البحر أيضاً عن الهداية وقال: السؤال عن الماهية لإطلاقها على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة، وعن الزمان لاحتمال التقادم. زاد في الكافي أنه يسألهما عن المسروق، إذ سرقة كل مال لا توجب القطع. قوله: (وممن سرق) ليعلم أنه ذو رحم محرم منه أم لا. قوله: (وبيناها) أي المذكورات، وهو عطف على قوله: «وسألهما». قوله (احتيالاً) علة للسؤال. قوله: (ويحبسه حتى يسأل عن الشهود) أي عن عدالتهم. قال في الشرنبلالية: يشير إلى ما قاله الكمال إن القاضي لو عرف الشهود بالعدالة له قطعه اهـ. ولعله على القول بأن القاضي يقضي بعلمه وهو خلاف المختار الآن اهـ. وهذا اشتباه، فإن قضاءه بالقطع بالبينة لا بعلمه، وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء به. عزمي.

قلت: على أنه مرّ في الباب السابق أن في حقوقه تعالى يقضي القاضي بعلمه اتفاقاً؛ وقد صرح في البحر عن الكشف بأن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص. قوله: (لعدم الكفالة في الحدود) لأنه إذا جاء أخذ الكفيل بالنفس لا يحبس،

عن الكل إلا الزمان. وما في الفتح إلا المكان غريب. نهر.

(وصح رجوعه عن إقراره بها) وإن ضمن المال، وكذا لو رجع أحدهم، أو قال هو مالي، أو شهدا على إقراره بها وهو يجحد أو يسكت فلا قطع. شرح وهبانية.

(فإن أقر بها ثم هرب، فإن في فوره لا يتبع بخلاف الشهادة) كذا نقله المصنف عن الظهيرية ونقله شارح الوهبانية بلا قيد الفورية.

قوله: (إلا الزمان) لأن تقادم العهد لا يمنع صحة الإقرار بها. نهر عن المبسوط والمحيط. وزاد في الحموي بأنه يجوز أن تكون السرقة في صباه فلا يحد.

قلت: لكن قال في حاوي الزاهدي: لو ثبتت السرقة بالإقرار لا يلزم السؤال عن زمانها حتى قال في الأصل: لو قال سرقت في زمان الصبا يقطع ولا يلتفت إلى قوله اهـ. وفي الفتح: الأصل؛ اسم لكتاب الأصول.

قوله: (إلا المكان) المناسب: وإلا المكان بالعطف لأنه في الفتح استثنى الزمان والمكان. قوله: (غريب) أي لجواز أن يكون في دار الحرب، والمراد أن ذكر المكان في عبارة الفتح غير صحيح. قوله: (وكذا لو رجع أحدهم) أي أحد السارقين المقرين. قوله: (أو قال) أي أحد السارقين. قوله: (أو شهدا على إقراره) أي إقرار السارق. قوله: (فلا قطع) أي في المسائل الثلاث. أما في الأوليين فلأنه إذا سقط عن البعض للشبهة سقط عن الباقين كما في الكافي، والرجوع ودعوى الملك شبهة. وأما في الثالثة فلأن جحود الإقرار بمنزلة الرجوع، وهو لو أقر صريحاً يصح رجوعه. فكذا لو شهدا على إقراره، والسكوت في باب الشهادة جعل إنكاراً حكماً كما ذكره المصنف. قوله: (ونقله شارح الوهبانية إلخ) حاصل ما نقله عن المبسوط أنه لو أقر ثم هرب لم يقطع ولو في فوره، لأن الهرب دليل الرجوع، ولو رجع لا يقطع، فكذا إذا هرب بل يضمن المال. وأما لو هرب بعد الشهادة ولو قبل الحكم، فإن أخذ في فوره قطع، وإلا لا، لأن حد السرقة لا يقام بالبينة بعد التقادم. والعارض في الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء اهـ. وبه ظهر أن قول المصنف تبعاً للظهيرية فإن في فوره لا يتبع، صوابه ولو في فوره. ويعلم أنه بعد التقادم لا يقطع أيضاً. وأجيب بأنه قيد بالفورية ليصح قوله، بخلاف الشهادة لأنه بعد التقادم لا تخالف الإقرار الشهادة في عدم القطع. على أنه إذا كان لا يقطع بالهرب في فور الإقرار لا يقطع بعد التقادم فيه بالأولى كما أفاده ح. لكن لا يخفى ما في العبارة من الإيهام، والعبارة المحررة عبارة كافي الحاكم، وهي: وإذا أقر بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان ذلك بشهود طلب

(ولا قطع بنكول وإقرار مولى على عبده بها وإن لزم المال) لإقراره على نفسه (و) السارق لا يفتى بعقوبته لأنه جور تجنيس، وعزاه القهستاني للواقعات معللاً بأنه خلاف الشرع؛ ومثله في السراجية. ونقل عن التجنيس عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر؟ فقال: عليه اليمين؛ فقال الأمير: سارق ويمين؟! هاتوا بالسوط، فما ضربوه عشرة حتى أقر، فأتى بالسرقة فقال: سبحان الله ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا. وفي إكراه البزازية: من المشايخ من أفتى بصحة إقراره بها مكرهاً. وعن الحسن: يحل ضربه حتى يقر ما لم يظهر العظم. ونقل المصنف عن ابن العز الحنفي: صح أنه عليه الصلاة والسلام أمر الزبير بن

ما دام في فور ذلك. قوله: (ولا قطع بنكول) أي نكول السارق عن الحلف عند القاضي. قوله: (لإقراره على نفسه) علة للزوم المال في المسألتين لأن النكول إقرار معنى، وإقرار السيد على عبده يوجب توجه المطالبة على نفسه. أفاده ط. قوله: (ونقل) أي في القهستاني ومثله في الذخيرة، وهو تأييد لما قبله حيث سماه جوراً شبيهاً بالعدل.

مطلب: ترجمة عصام بن يوسف

قوله: (عن عصام) هو عصام بن يوسف من أصحاب أبي يوسف ومحمد، ومن أقرانه محمد بن سماعة وابن رستم وأبي حفص البخاري. قوله: (إنه سئل) أي سأله حبان بن جبلة أمير بلخ. رملي. قوله: (سارق ويمين) تعجب من طلب اليمين منه فإنه لا يبالي لإقدامه على ما هو أشد جناية، لكن الشرع لم يعتبر هذا. قوله: (فقال) أي عصام. قوله: (ما رأيت جوراً الخ) سماه جوراً باعتبار الصورة، وإلا فهو عدل حيث توصل به إلى إظهار الحق، وتقدم أن للقاضي تعزير المتهم وقدمنا بيانه. قوله: (بصحة إقراره بها مكرهاً) أي في حق الضمان لا في حق القطع كما قدمناه. قوله: (وعن الحسن) هو ابن زياد من أصحاب الإمام. قوله: (يحل ضربه الخ) لم يصرح الحسن به، بل هو مفهوم كلامه

مطلب: في جواز ضرب السارق حتى يقر

قال في البحر: وسئل الحسن بن زياد: أيحل ضرب السارق حتى يقر؟ قال: ما لم يقطع اللحم لا يتبين العظم، ولم يزد على هذا اهـ كلام البحر. وهو ضرب مثل: أي لو لم يعاقب لا تظهر السرقة، ففي عبارة الشارح سقط من الكاتب أو من قلمه بدليل أنه في شرحه على الملتقى ذكر عبارة الحسن على وجهها فلم يكن ما هنا تصرفاً منه بسوء فهمه؛ إذ لم نعهد هذا الشارح الفاضل وصل في البلادة إلى ما زعمه من هو موضع الاعتراض عليه، فافهم. قوله: (عن ابن العز) أي في كتابه «التنبيه على مشكلات

العوام بتعذيب بعض المعاهدين حين كتم كنز حيي بن أخطب فعمل فدلهم على المال؛ قال: وهو الذي يسع الناس، وعليه العمل، وإلا فالشهادة على السرقة أندر الأمور. ثم نقل عن الزيلعي في آخر باب قطع الطريق جواز ذلك سياسة، وأقره المصنف تبعاً للبحر وابن الكمال. زاد في النهر: وينبغي التعويل عليه في زماننا لغلبة الفساد، ويحمل ما في التجنيس على زمانهم، ثم نقل المصنف قبله عن القنية: لو كسر سنه ويده ضمن المشتكي أرشه كالمال، لا لو حصل بتسوره

الهداية» حيث قال: الذي عليه جمهور الفقهاء في المتهم بسرقة ونحوها أن ينظر، فإما أن يكون معروفاً بالبر لم تجز مطالبته ولا عقوبته، وهل يحلف؟ قولان. ومنهم من قال يعزر متهمه، وإما أن يكون مجهول الحال فيحبس حتى ينكشف أمره قيل شهراً، وقيل باجتهاد ولي الأمر. وإن كان معروفاً بالفجور، فقالت طائفة: يضربه الوالي أو القاضي، وقالت طائفة: يضربه الوالي دون القاضي. ومنهم من قال: لا يضربه. وقد ثبت في الصحيح أن النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ الزُّبَيْرَ بْنَ العَوَّامِ أَنْ يَمَسَّ بَعْضَ المُعَاهَدِينَ بِالعَذَابِ لَمَّا كَتَمَ إِخْبَارَهُ بِالمَالِ الَّذِي كَانَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ قَدْ عَاهَدَهُمْ عَلَيهِ، وَقَالَ لَهُ: أَيْنَ كَنْزُ حُيَيِّ بْنِ أَخْطَبَ؟ فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ أَفْنَتْهُ النَّفَقَاتُ وَالحُرُوبُ، فَقَالَ: المَالُ كَثِيرٌ وَالعَهْدُ أَقْرَبُ، وَقَالَ لِلزُّبَيْرِ: دُونَكَ هَذَا، فَمَسَّهُ الزُّبَيْرُ بِشَيْءٍ مِنَ العَذَابِ فَدَلَّهُمْ عَلَى المَالِ، وهو الذي يسع الناس وعليه العمل الخ، وتمامه في الفتح. قوله: (ثم نقل) أي المصنف. وقوله: «جواز ذلك» أي جواز ضرب المتهم حيث قال نقلاً عن الزيلعي.

ومنها: أي ومن السياسة ما حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش أن المدعى عليه إذا أنكر فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه، فإن غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده عاقبه، ويجوز ذلك، كما لو رآه الإمام مع الفساق في مجلس الشرب، وكما لو رآه يمشي مع السراق، وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس، كما إذا دخل عليه رجل شاهراً سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله اهـ. قوله: (لغلبة الفساد) تمام عبارة النهر: وكيف يؤتى للسارق ليلاً بالبينة عن ولا في اشتهار اهـ. يعني لا يتوقف جواز ضربه على إقامة البينة حيث كان من أهل التهمة، وتقدم في التعزير أن للقاضي تعزير المتهم، وقدمنا هناك عن ابن القيم حكاية الإجماع على ذلك، وقد سمعت آنفاً تصريح الزيلعي بأن هذا من السياسة، وبه يعلم أن للقاضي فعل السياسة. قوله: (ويحمل ما في التجنيس) وهو ما قدمه المصنف من أنه لا يفتى بعقوبة السارق. قوله: (لو كسر سنه) بضم أوله مبنياً للمجهول، وأصل العبارة: لو شكا إلى الوالي بغير حق فأتى بقائد فضرب المشتكى عليه فكسر سنه أو يده الخ. قوله: (كالمال) أي كما يضمن لو غرمه الوالي مالاً. قوله: (لا لو حصل) أي لا يضمن الأرش لو حبسه الوالي فهرب وتسور جدار السجن فحصل ما

الجدار أو مات بالضرب لتذوره.

وعن الذخيرة: لو صعد السطح ليفرّ خوف التعذيب فسقط فمات ثم ظهرت السرقة على يد آخر كان للورثة أخذ الشاكي بدية أبيهم وبما غرمه للسلطان لتعديه في هذا التسبب، وسيجيء في الغصب.

(قضى بالقطع ببينة أو إقرار فقال المسروق منه هذا متاعه لم يسرقه مني) وإنما كنت أودعته (أو قال شهد شهودي بزور أو أقرّ هو بباطل وما أشبه ذلك فلا قطع)

ذكر من كسر سنه أو يده أو مات بضرب الفاقد. قوله: (كان للورثة أخذ الشاكي بدية أبيهم) الظاهر أنه لا ينافي ما مر من القنية لتعليله بظهور تعديه هنا: أي حيث ظهرت السرقة على يد آخر، بخلاف ما مر. تأمل. قوله: (لتعديه في هذا التسبب) قال في الذخيرة بعد عزوه المسألة لمجموع النوازل: قيل هذا الجواب مستقيم في حق الغرامة أصله السعاية غير مستقيم في حق الدية لأنه صعد السطح باختياره؛ وقيل: هو مستقيم في الدية أيضاً لأنه مكره على الصعود للفرار من حيث المعنى اهـ. وقوله أصله السعاية: أي أن الأصل في ذلك تضمينهم الساعي إذا كان بغير حق. قوله: (وسيجيء في الغصب) حيث قال متناً وشرحاً: لو سعى إلى سلطان بمن يؤذيه والحال أنه لا يدفع بلا رفع إلى السلطان أو سعى بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بتنهيه، أو قال لسلطان قد يغرم وقد لا يغرم أنه قد وجد كنزاً فغرمه السلطان شيئاً لا يضمن في هذه المذكورات، ولو غرم السلطان ألبتة بمثل هذه السعاية ضمن، وكذا يضمن لو سعى بغير حق عند محمد زجراً اهـ: أي للساعي، وبه يفتى وعزّر، ولو الساعي عبداً طولب بعد عتقه، ولو مات الساعي فللمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته هو الصحيح. جواهر الفتاوى. ونقل المصنف أنه لو مات المشكو عليه بسقوطه من سطح لخوفه غرم الشاكي ديته، لا لو مات بالضرب لتذوره، وقد مر في باب السرقة اهـ.

قلت: أنت خبير بأن ما ذكره في باب السرقة مخالف لما عزاه إليها.

مَطْلَبٌ فِي ضَمَانِ السَّاعِي

ثم حاصل ما ذكره من ضمان الساعي أنه لو سعى بحق لا يضمن، ولو بلا حق: فإن كان السلطان يغرم بمثل هذه السعاية ألبتة يضمن، وإن كان قد يغرم وقد لا يغرم لا يضمن. والفتوى على قول محمد من ضمان الساعي بغير حق مطلقاً ويعزّر، بل قدمنا إباحة قتله، بل أفتى بعض مشايخ المذهب بكفره. قوله: (يسرقه مني) المناسب عطفه بـ أو لأنه مسألة ثانية. ففي كافي الحاكم: أو قال لم يسرقه مني وإنما كنت أودعته. قوله: (فلا يقطع) أما لو قال عفوت عنه لم يبطل القطع. كافي الحاكم: أي لأن القطع

وندب تلقينه كي لا يقر بالسرقة (كما) لا قطع (لو شهد كافران على كافر ومسلم بها في حقهما) أي الكافر والمسلم. ظهيرية.

(تشارك جمع وأصحاب كلاً قدر نصاب قطعوا وإن أخذ المال بعضهم) استحساناً سداً لباب الفساد، ولو فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو محرم لم يقطع أحد.

(وشرط للقطع حضور شاهديها وقته) وقت القطع (كحضور المدعي) بنفسه

محض حقه تعالى فلا يملك إسقاطه، بخلاف ما قبله لأنه ثبت في ضمن ثبوت حق العبد، وقد بطل بإقراره فيبطل ما في ضمنه. تأمل. قوله: (وندب تلقينه) المناسب ذكره عند قوله: «إن أقر بها» أي ندب للإمام أن يلقنه. كافي، لما أخرجه أبو داود «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِلِصٍّ قَدِ اعْتَرَفَ وَلَمْ يُوجَدْ مَعَهُ مَتَاعٌ، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ، قَالَ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَعَادَهَا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَأَمَرَ بِهِ فَقُطِعَ»[1] وتمامه في الفتح. قوله: (في حقهما) متعلق بلا قطع ح. أي لا قطع في حق الكافر ولا في حق المسلم، ولعل وجهه أنها سرقة واحدة، فلما بطلت الشهادة في حق المسلم بطلت في حق الكافر. وأما الضمان فلا شك في انتفائه عن المسلم، وهل يضمن الكافر حصته منها؟ الظاهر نعم.

قلت: وفي كافي الحاكم: لو شهد رجلان على رجلين بسرقة وأحد السارقين غائب قطع الحاضر، فإن جاء الغائب لم يقطع حتى تعاد عليه تلك البينة أو غيرها فيقطع اهـ. فلينظر الفرق بين المسألتين، ولعل وجهه أن الكافر ليس أهلاً للشهادة على المسلم، بخلاف شهادة المسلم على الغائب فإن المانع من قبولها الغيبة لا عدم الأهلية. قوله: (تشارك جمع) أي في دخول الحرز بقرينة قوله: «وإن أخذ المال بعضهم». قال في الفتح: وإنما وضعها في دخول الكل، لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا بعد ذلك في نقل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه، وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم اهـ. وقيد بقوله: «وأصاب كلاً نصاب»[2]. لأنه لو أصابه أقل لم يقطع، بل يضمن ما أصابه من ذلك. جوهرة. قوله: (استحساناً) والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والأئمة الثلاثة. فتح. قوله: (أو محرم) أي ذو رحم محرم من المسروق منه. بحر. قوله: (لم يقطع أحد) أطلقه فشمل ما إذا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٨٠) والنسائي ٨/ ٦٧ وابن ماجه (٢٥٩٧) والدارمي ٢/ ١٧٣ وأحمد ٥/ ٢٩٣ والطحاوي في المعاني ٤/ ٣٦٣ والبخاري في التاريخ ٩/ ٣ والدولابي في الكنى ١/ ٤٤.

(٢) في ط (قوله كلاً نصاب) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف، والذي في المتن بأيدينا: كلاً قدر نصاب كما ترى

(حتى لو غابا أو ماتا لا قطع) وهذا في كل حدّ سوى رجم وقود. بحر.

قلت: لكن نقل المصنف في الباب الآتي تصحيح خلافه، فتنبه.

(ويقطع بساج وقنا وأبنوس) بفتح الباء (وعود ومسك وأدهان وورس)

تولى الأخذ الكبار العقلاء، خلافاً لأبي يوسف، كما في الزيلعي. قوله: (لا قطع) هذا قول أبي حنيفة الأول، وقوله الأخير: يقطع كما يأتي قريباً، وبه صرح في التاترخانية وغيرها. قوله: (سوى رجم) في بعض النسخ سوى جلد وهي الصواب، وإن كان الأول هو الذي في الفتح والبحر والنهر نقلاً عن كافي الحاكم، فقد رده في الشرنبلالية بأنه خالف لما قدموه في حدّ الزنا بالرجم من أنه إذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد فيتجه استثناء الجلد فإنه يقام حال الغيبة والموت، بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به.

وعبارة كافي الحاكم في الحدود مصرّحة بذلك، وكذلك عبارته في السرقة، ونصها: وإذا كان: أي المسروق منه حاضراً والشاهدان غائبان لم يقطع أيضاً حتى يحضروا. وقال أبو حنيفة بعد ذلك: يقطع، وهو قول صاحبيه، وكذلك الموت، وكذلك هذا في كل حدّ وحق سوى الرجم، ويمضي القصاص وإن لم يحضروا استحساناً لأنه من حقوق الناس اهـ. فهذا تصريح الحاكم في الحدود والسرقة بما قلنا، فليتنبه اهـ اهـ.

قلت: والظاهر أن نسخة الكافي التي وقعت لصاحب الفتح سقط منها قوله: «وقال أبو حنيفة» إلى قوله: «وكذلك الموت» فوقع الخلل في اشتراط حضور الشاهدين وفي استثناء الرجم، لأن الاستثناء وقع من القول الأخير الذي رجع إليه الإمام فكان العمل عليه، لأن ما رجع عنه المجتهد بمنزلة المنسوخ، ولذا صرح في شرح الوهبانية بتصحيح قوله الأخير، فجزى الله تعالى الشرنبلالي خيراً على هذا التنبيه الحسن. قوله: (تصحيح خلافه) أي خلاف قوله لا قطع، وهذا هو الصواب كما علمت. قوله: (ويقطع بساج) قال الزمخشري: الساج خشب أسود رزين يجلب من بلاد الهند ولا تكاد الأرض تبليه، والجمع سيجان مثل نار ونيران. وقال بعضهم: الساج يشبه الأبنوس، وهو أقل سواداً منه. مصباح. قوله: (وقنا) بالفتح والقصر: هو الرمح. قوله: (بفتح الباء) كذا في البحر عن الطلبة، ومثله في الفتح والنهر. ورأيت في المصباح ضبطه بضمهما وقال: إنه خشب معروف، وهو معرّب، ويجلب من الهند، واسمه بالعربية «سأسم» بهمزة وزان جعفر. قوله: (وعود) بالضم الخشب، جمعه عيدان وأعواد وآلة من المعازف. قاموس.

قلت: والمراد هنا الأول وهو الطيب لأن آلة اللهو لا قطع بها كما يأتي. قوله: (وأدهان) جمع دهن كزيت وشيرج. قوله: (وورس) نبت أصفر يزرع باليمن ويصبغ به

وزعفران وصندل وعنبر وفصوص خضر) أي زمرد **(وياقوت وزبرجد ولؤلؤ، ولعل وفيروزج وإناء وباب)** غير مركب ولو متخذين **(من خشب، وكذا يكل ما هو من أعز الأموال وأنفسها ولا يوجد في دار العدل مباح الأصل غير مرغوب فيه)** هذا هو الأصل **(لا)** يقطع **(بتافه)** أي حقير **(يوجد مباحاً في دارنا كخشب**

قيل هو صنف من الكركم، وقيل يشبهه. مصباح. قوله: **(وصندل)** خشب معروف طيب الرائحة. قوله: **(وفصوص خضر)** قيد الخضر اتفاقي. در منتقى. قوله: **(وزبرجد)** جوهر معروف، ويقال هو الزمرد. مصباح. قوله: **(ولعل)** بالتخفيف: ما يتخذ منه الحجر الأحمر غير الزنجفر والمدينة، ويطلق على نوع من الزمرد ط. وفي بعض النسخ: نعلع، وهو شجر حجازي كما في القاموس. تأمل. قوله: **(غير مركب)** احترز به عن باب الدار المركب فإنه لا يقطع به كما يأتي، ثم إنه يشترط للقطع هنا أن يكون في الحرز وأن يكون خفيفاً لا يثقل حمله على الواحد، لأنه لا يرغب في سرقة الثقيل من الأبواب كما في الهداية والزيلعي.

قال في الفتح: ونظر فيه بأن لا ينافي ماليته ولا يخصصه، وإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة، ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه، وهو منتف، ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع اهـ. وأجيب بأنه إنما يرد لو لم يقل الثقيل من الأبواب.

قلت: لا يخفى أن هذا هو منشأ النظر، فافهم. قوله: **(ولو متخذين)** أي الإناء والباب، أشار به إلى أن قوله: «من خشب» غير قيد، لأن المراد ما دخلته الصنعة فالتحق بالأموال النفيسة، بخلاف الأواني المتخذة من الحشيش والقصب فلا قطع بها، لأن الصنعة لم تغلب فيها حتى لا تتضاعف قيمتها ولا غيره، حتى لو غلبت كأواني الطين والأمدة من الحشيش في بلاد السودان، يقطع بها لما ذكرنا، وكذا الحصير البغدادية لغلبة الصنعة على الأصل. أفاده في البحر ومثله في الزيلعي. قوله: **(ولا يوجد في دار العدل الخ)** الأولى التعبير بدار الإسلام. قال في الفتح: فأما كونها توجد في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع، لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب، ومع هذا يقطع فيها في دارنا اهـ. قوله: **(لا يقطع بتافه الخ)** أي إذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكاً. فتح. قوله: **(يوجد مباحاً في دارنا)** أي يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته الأصلية، بأن لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه، فخرج بصورته الأبواب والأواني من الخشب، وبغير مرغوب فيه: نحو المتخذ من الذهب والصفر والياقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار

لا يحرز) عادة (وحشيش وقصب وسمك و) لو مليحاً و (طير) ولو بطاً أو دجاجاً في الأصح غاية (وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) زاد في المجتبى: وأشنان وفحم وملح وخزف وزجاج لسرعة كسره (ولا بما يتسارع فساده كلبن ولحم) ولو قديداً وكل مهيأ لأكل كخبز، وفي أيام قحط لا قطع بطعام مطلقاً. شمني (وفاكهة رطبة

______

يقطع لكونها مرغوباً فيها. وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ: بأنه ينبغي القطع به لإحرازه في دكاكين العطارين كسائر الأموال، بخلاف الخشب، لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصاً، بخلاف الساج والأبنوس.

واختلف في الوسمة والحناء. والوجه القطع لإحرازه عادة في الدكاكين، كذا في الفتح، ومفاده اعتبار العادة في الأحراز. قوله: (لا يحرز عادة) احتراز عن الساج والأبنوس.

قلت. وقد جرت العادة بإحراز بعض الخشب كالمخروط والمنشور دفوفاً وعواميد ونحو ذلك، فينبغي القطع به كما يفيده ما مر. تأمل. قوله: (ولو مليحاً) بتشديد اللام، ودخل فيه الطري بالأولى. قوله. (وطير) لأن الطير يطير فيقل إحرازه. فتح. قوله. (وصيد) هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل خلقته إما بقوائمه أو بجناحيه، فالسمك ليس منه. ابن كمال. قوله: (وزرنيخ) بالكسر فارسي معرب. مصباح. قوله: (ومغرة) بفتح الميم وسكون الغين المعجمة وتحرك: الطين الأحمر. وظاهر كلام الصحاح والقاموس أن التسكين هو الأصل والتحريك خلافه، وظاهر المصباح العكس. نوح. قوله: (ونورة) بضم النون حجر الكلس، ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره، ويستعمل لإزالة الشعر. مصباح، وكذا ضبطها بالضم في القاموس. قوله: (وخزف وزجاج) لخزف: كل ما عمل من طين وشوي بالنار حتى يكون فخاراً قاموس. قال في الفتح: ولا يقطع في الآجر والفخار لأن الصنعة لا تغلب فيها على قيمتها. وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية. وعن أبي حنيفة: يقطع كالخشب إذا صنع منه الأواني اهـ. وفي الزيلعي: ولا قطع في الزجاج لأن المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع إليه الفساد اهـ.

قلت: وظاهره أنه لا يقطع في الزجاج وإن غلبت عليه الصنعة، وهل يقال مثله في الصيني والبللور مع أنه قد يبلغ بالصنعة نصباً كثيرة، ومفهوم علة الفخار أنه يقطع به. تأمل. قوله: (وكل مهيأ لأكل) أما غير المهيأ مما لا يتسارع إليه الفساد كالحنطة والسكر فإنه يقطع فيه إجماعاً كما في الفتح. قوله: (مطلقاً) ولو غير مهيأ لأنه عن ضرورة ظاهراً وهي تبيح التناول. فتح. قوله: (وفاكهة رطبة) كالعنب والسفرجل

وثمر على شجر وبطيخ) وكل ما لا يبقى حولاً (وزرع لم يحصد) لعدم الإحراز (وأشربة مطربة) ولو الإناء ذهباً (وآلات لهو) ولو طبل الغزاة في الأصح، لأن صلاحيته للهو صارت شبهة. غاية (وصليب ذهب أو فضة وشطرنج ونرد) لتأويل

والتفاح والرمان وأشباه ذلك ولو كانت محروزة[١] في حظيرة عليها باب مقفل. وأما الفواكه اليابسة كالجوز واللوز فإنه يقطع فيها إذا كانت محرزة. جوهرة. قوله: (وثمر على شجر) لأنه لا إحراز فيما على الشجر ولو كان الشجر في حرز، كما في كافي الحاكم؛ وإن سرق الثمر من رؤوس النخل في حائط محرز أو حنطة في سنبلها لم تحصد لم يقطع، فإن أحرز الثمر في حظيرة عليها باب أو حصدت الحنطة وجعلت في حظيرة فسرق منها قطع، وكذلك إن كانت في صحراء وصاحبها يحفظها اهـ. قوله: (وأشربة مطربة) أي مسكرة. والطرب: استخفاف العقل من شدة حزن وجزع حتى يصدر عنه ما لا يليق، كما تراه من صياح الثكالى وضرب خدودهن وشق جيوبهن، أو شدة سرور توجب ما هو معهود من الثمالى. ثم الشراب إن كان حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد، أو مرّاً: فإن كان خمراً فلا قيمة لها، أو غيره ففي تقويمه خلاف. ولتأول السارق فيه الإراقة، فتثبت شبهة الإباحة، وتمامه في الفتح. وشمل ما إذا كان السارق مسلماً أو ذمياً كما في البحر. قوله: (ولو الإناء ذهباً) أي على المذهب؛ لأن الإناء تابع ولم يقطع في المشروب، فكذا في التبع. وفي رواية عن أبي يوسف أنه يقطع، وهو قول الأئمة الثلاثة، ورجحه في الفتح فيما تعاين ذهبيته بأن الظاهر أن كلاً مقصود بالأخذ، بل أخذ الإناء أظهر. واستشهد بما في التجنيس: سرق كوزاً فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع، وهو نظير ما تقدم فيمن سرق ثوباً لا يساوي عشرة مصرور عليه[٢] عشرة يقطع إذا علم أن عليه مالاً، بخلاف ما إذا لم يعلم اهـ. ملخصاً. وأقره في البحر. قوله: (وآلات لهو) أي بلا خلاف لعدم تقومها عندهما حتى لا يضمن متلفها. وعنده وإن ضمنها لغير اللهو إلا أن يتأول آخذها للنهي عن المنكر. فتح. قوله: (وصليب) هو هيئة خطين متقاطعين، ويقال لكل جسم صليب. فتح. قوله: (وشطرنج) بكسر الشين. فتح. قيل هو عربي، وقيل معرب، وهو داخل في آلات اللهو، وكذا النرد بفتح النون. قوله: (لتأويل الكسر الخ) علة للثلاثة. وعن أبي يوسف: يقطع بالصليب لو في يد رجل في حرز لا شبهة فيه، لا لو في مصلاهم لعدم الحرز وجوابه ما قلنا من تأويل الإباحة. فتح.

---

(١) في ط (قوله ولو كانت محروزة) هكذا بخطه، ولعل صوابه (محرزة) لأنه من أحرز، كما يدل عليه سابق الكلام ولاحقه.

(٢) في ط (قوله مصرور عليه) هكذا بخطه، ولعل صوابه (مصروراً) بالنصب صفة لقوله (ثوباً).

الكسر نهياً عن المنكر (وباب مسجد) ودار، لأنه حرز لا محرز (ومصحف وصبي حرّ) ولو (محليين) لأن الحلية تبع (وعبد كبير) يعبر عن نفسه، ولو نائماً أو مجنوناً أو أعمى، لأنه إما غصب أو خداع (ودفاتر) غير الحساب، لأنها لو شرعية ككتب

قلت: لكن هذا التأويل لا يظهر فيما لو كان السارق ذمياً. ثم رأيت في الذخيرة ذكرها هذا التفصيل عن أبي يوسف في الذمي، ووجهه ظاهر لأن مصلاهم بمنزلة المسجد. فلذا لم يقطع، بخلاف الحرز فيقطع لأنه لا تأويل له؛ إلا أن يقال: تأويل غيره يكفي في وجود الشبهة فلا يقطع. تأمل. وفي النهر: ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع، لأنه إنما أعد للتموّل فلا يثبت فيه تأويل. قوله: (لأنه حرز لا محرز) أفاد أن الكلام في الباب الخارج، فلو دخل الدار فهو محرز فيقطع به. أفاده ط.

قلت: وهذا إذا لم يكن ثقيلاً على ما مر عن الهداية في غير المركب. وظاهره أن باب المسجد حرز وليس كذلك؛ فالأولى تعليل الهداية بقوله: ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز؛ فصار كباب الدار، بل أولى، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه، حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه اهـ. زاد في البحر: وكذا أستار الكعبة وإن كانت محرزة لعدم المالك.

تنبيه: قال في فخر الإسلام: لو اعتاد سرقة أبواب المسجد يجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب. قال في البحر: وينبغي أن يكون كذلك سارق البزابيز من الميضى اهـ. قال ط: وكذا سارق نعال المصلين اهـ.

قلت: بل كل سارق انتفى عنه القطع لشبهة ونحوها. تأمل. قوله: (ومصحف) مثلث الميم قاموس، والضم أشهر مصباح، لأن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق. هداية. والإطلاق يشمل الكافر وغير القارىء. قوله: (ولو محليين) قال نوح أفندي في حاشية الدرر: هذا اللفظ في أكثر النسخ بالياءين، ولكن الصواب أن يكون بياء واحدة كما يظهر من التصرف اهـ. ومثله في شرح درر البحار. قوله: (لأن الحلية تبع) وعن أبي يوسف: يقطع في المصحف المحلى. وعنه أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً كما قال في حلية الصبي. قال في الفتح: والخلاف في صبيّ لا يمشي ولا يتكلم، فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا قطع إجماعاً لأنه في يد نفسه، وكان أخذه خداعاً ولا قطع في الخداع. قوله: (يعبر عن نفسه) فالمراد بالكبير المميز المعبر عن نفسه بالغاً كان أو صبياً. بحر. قوله: (لأنه إما غصب) أي إن أخذه بالقهر أو خداع. أي إن أخذه بالحيلة وكلاهما غير سرقة. ط. قوله: (ودفاتر) جمع دفتر بالفتح وقد يكسر: جماعة الصحف المضمومة.

تفسير وحديث وفقه: فكمصحف، وإلا فكطنبور (**بخلاف**) العبد (**الصغير ودفاتر الحساب**) الماضي حسابها، لأن المقصود ورقها فيقطع إن بلغ نصاباً: أما المعمول بها فالمقصود علم ما فيها، وهو ليس بمال فلا قطع، ولا فرق بين دفاتر تجار وديوان وأوقاف. نهر (**وكلب وفهد ولو عليه طوق من ذهب علم**) السارق (به

قاموس. قوله: (**فكمصحف**) أي في تأويل أخذها للقراءة، وكون المقصود ما فيها ولا مالية له. قوله: (**وإلا فكطنبور**) أي في تأويل أخذها لإزالة ما فيها نهياً عن المنكر.

والحاصل: إنه يقطع بكتب علوم شرعية أو غيرها. قال القهستاني: فيشمل: أي الدفتر المصحف وكتب العلوم الشرعية والأدب ودواوين فيها حكمة دون ما فيها أشعار مكروهة وكتب العلوم الحكمية فإنهما داخلان في آلات لهو كما أشار إليه في الزاد وغيره اهـ. ثم نقل قولاً آخر بالقطع بكتب الأدب والشعر، لكن قال في الفتح والبحر: شمل مثل كتب السحر ومثل كتب العربية. واختلفوا في غيرها: أي غير كتب الشريعة من العربية والشعر، فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها. وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة اهـ. فتعليل القول الثاني يفيد ترجيحه ثم قال. ومقتضى هذا أنه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفاً اهـ. زاد في النهر: وينبغي أن ينظر في الآخذ لكتب السحر والفلسفة، فإن كان مولعاً بذلك لا يقطع للقطع بأن المقصود ما فيها اهـ.

قلت: لكن كلام الفتح يخالفه، لأنه جعل كون الديانة لا يقصدونها علة لكونها سرقة صرفاً، ومعلوم أن السارق لا يلزم أن يكون من الذين لا يقصدونها، بل الغالب أن يكون غيرهم من أهل الشر كالسحرة ونحوهم. فعلم أن الشبهة المسقطة للقطع لا يلزم وجودها في السارق، وإلا كانت علة حقيقة لا شبهة العلة، لأن الشبهة ما يشبه الثابت وهو ليس بثابت، وإلا لزم ثبوت التفصيل المذكور في كتب الشريعة أيضاً؛ وكذا في آلات اللهو والطعام في سنة القحط، ولم نر من عرج عليه؛ نعم قدمنا عن الذخيرة في الصليب ما يفيده عند أبي يوسف، فليتأمل. قوله: (**بخلاف العبد الصغير**) لأنه مال منتفع به إن كان يمشي ويعقل، أو بعرضية أن يصير كذلك إن كان بخلافه، وتمامه في النهر. قوله: (**والماضي حسابها**) أي الذي لم يبق لأحد فيه علقة فلم يبق إلا كاغد، فإذا بلغت قيمته نصاباً قطع، كذا في تصحيح العلامة قاسم. قوله: (**وكلب وفهد**) عطف على مالا قطع فيه بقرينة تنكيره، ولو قال وبكلب وفهد كما صنع في الوافي لكان أحسن. حموي. وشمل كلب الصيد والماشية لأنه يوجد من جنسه مباح الأصل،

أو لا) لأنه نبش (و) لا (بخيانة) في وديعة (ونهب) أي أخذ قهراً (واختلاس) أي اختطاف لانتفاء الركن (ونبش) لقبور (ولو كان القبر في بيت مقفل) في الأصح (أو) كان (الثوب غير الكفن) وكذا لو سرقه من بيت فيه قبر أو ميت لتأوله بزيارة القبر أو التجهيز وللإذن بدخوله عادة، ولو اعتاده: قطع سياسة (ومال عامة أو مشترك) وحصر مسجد وأستار كعبة ومال وقف لعدم المالك.

ولاختلاف العلماء في ماليته فأورث شبهة. بحر. ط. قوله: (في وديعة) أي نعت بعده. قوله: (أي أخذ قهراً) أي على وجه العلانية. قوله: (أي اختطاف) أي علانية أيضاً، فالنهب والاختلاس: أخذ الشيء علانية، إلا أن يفرق بينهما من جهة سرعة الأخذ في جانب الاختلاس، بخلاف النهب فإن ذلك غير معتبر فيه. ط عن أبي السعود. قوله: (لانتفاء الركن) وهو الحرز في الخيانة والأخذ خفية فيما بعدها ط. قوله: (ونبش) أي لا قطع على النباش: وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن. بحر. لأن الحرز بالقبر أو بالميت باطل لأنه لا يحفظ نفسه، والصحراء ليست حرزاً، حتى لو دفن بها مال فسرق لم يقطع. فما في القنية من أنه لو سرق المدفون بالمفازة قطع ضعيف. مقدسي. قوله: (في الأصح) لاختلال الحرز بحفر القبر، وقيل يقطع إذا كان مقفلاً. قهستاني. قوله: (ولو اعتاده) أي اعتاد النبش. وفيه إشارة إلى الجواب عما استدل به أبو يوسف والأئمة الثلاثة من حديث «من نبش قطعناه» بحمله على السياسة، وتمام تحقيقه في الفتح. قوله: (ومال عامة) وهو مال بيت المال فإنه مال المسلمين وهو منهم، وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرأ بها. بحر. قوله: (ومشترك[1]) أي بين السارق وبين ذي اليد. قوله: (وحصر مسجد الخ) أي وإن كانت محرزة كما في البحر. قوله: (ومال وقف) ذكره في البحر بحثاً فقال: وأما مال الوقف فلم أر من صرح به، ولا يخفى أنه لا يقطع به، وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز بعدم المالك، ونحوه في النهر. وقال: ولو قيل إن كان الوقف على العامة فماله كبيت المال، وإن كان على قوم محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسناً اهـ. ولا يخفى جريان العلة الثانية فيهما، لكن رده المقدسي والرملي بأنهم صرحوا بأنه يقطع بغصب متولي الوقف، وسيأتي التصريح به في الباب الآتي، وصرح به أيضاً ابن ملك في شرح المنار في بحث العموم

قلت: ولعله والله أعلم علل في الفتح لعدم القطع في حصر المسجد بعدم الحرز:

---

(١) في ط (قوله المحشي ومشترك) كذا بالأصل المنقول على خطه، والذي في الشرح أو مشترك فلعله نسخة بالواو كما ترى.

بحر (ومثل دينه ولو) دينه (مؤجلاً أو زائداً عليه) أو أجود لصيرورته شريكاً (إذا كان من جنسه ولو حكماً) بأن كان له دراهم فسرق دنانير، وبعكسه هو الأصح، لأن النقدين جنس واحد حكماً، خلاف العرض ومنه الحلي، فيقطع به ما لم يقل

أي لكون المسجد غير حرز ومفاده أنه يقطع لو سرقها من حرز. والظاهر أن وجهه كون الوقف يبقى على ملك الواقف حكماً عند الإمام، وهذا في أصل الوقف. وأما الغلة فقد صرحوا بأنها ملك المستحقين، لكن ينبغي أن يقال: إن كان السارق له حق في الغلة لا يقطع بسرقته منها، سواء كان وقفاً على العامة أو على قوم محصورين لثبوت الشركة، وكذا وقف المسجد إذا كان للسارق وظيفة فيه، بخلاف سرقة الحصر وقناديله إذ حقه في الغلة لا في الحصر. تأمل.

مَطْلَبٌ فِي أَخْذِ الدَّائِنِ مِنْ مَالِ مَدْيُونِهِ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ

قوله: (ومثل دينه) أي مثله جنساً لا قدراً ولا صفة كما أفاده ما بعده. قوله: (ولو دينه مؤجلاً) لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل سواء في عدم القطع استحساناً، لأن التأجيل لتأخير المطالبة والحق ثابت فيصير شبهة دارئة وإن لم يلزمه الإعطاء الآن، ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلاً أو لا خلافاً للشافعي، وتمامه في الفتح. قوله: (أو زائداً عليه أو أجود) يأنت خبير بأن الضمير في زائد أو أجود عائد على الدين، وفي عليه على المسروق، فالمناسب للتعميم أن يقال: أو أنقص منه أو أردأ، فيعلم حكم الزائد والأجود بالأولى.

والحاصل أنه لو سرق أكثر من دينه لا يقطع لأنه يصير شريكاً في ذلك المال بمقدار حقه كما في الفتح، وعلى قياسه يقال مثله لو سرق الأجود. تأمل. قوله: (لأن النقدين جنس واحد حكماً) ولهذا كان للقاضي أن يقضي بها دينه من غير رضا المطلوب. بحر.

قلت: وهذا موافق لما صرحوا به في الحجر. ومفاده أنه ليس للدائن أخذ الدراهم بدل الدنانير بلا إذن المديون ولا فعل حاكم، وقد صرح في شرح تلخيص الجامع في باب اليمين في المساومة بأن له الأخذ، وكذا في حظر المجتبى، ولعله محمول على ما إذا لم يمكنه الرفع للحاكم، فإذا ظفر بمال مديونه له الأخذ ديانة بل له الأخذ من خلاف الجنس على ما نذكره قريباً. قوله: (ومنه الحلي) أي بسبب ما فيه من الصياغة التحق بالعرض. قوله: (ما لم يقل الخ) لأنه لا يكون رهناً أو قضاء لدينه إلا بإذن مالكه، فكأنه ادعى أخذه بإذنه، فلا يقطع.

وفي الفتح: وعن أبي يوسف: لا يقطع بالعروض لأن له الأخذ عند بعض

أخذته رهناً أو قضاء. وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس للمجانسة في المالية. قال في المجتبى: وهو أوسع فيعمل به عند الضرورة (بخلاف سرقته من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون) فإنه يقطع لأن حق الأخذ لغيره.

(ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا كسرقة شيء قطع فيه ولم يتغير) أما لو تبدل العين أو السبب كالبيع قطع.

العلماء. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر، فلا يصير شبهة دارئة، إلا إن ادعى الرهن أو القضاء.

مَطْلَبٌ: يُعْذَرُ بِالْعَمَلِ بِمَذْهَبِ الْغَيْرِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ

قوله: (وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس) أي من النقود أو العروض، لأن النقود يجوز أخذها عندنا على ما قررناه آنفاً. قال القهستاني. وفيه إيماء إلى أن له أن يأخذ من خلاف جنسه عند المجانسة في المالية، وهذا أوسع فيجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبنا، فإن الإنسان يعذر في العمل به عند الضرورة، كما في الزاهدي اهـ.

قلت: وهذا ما قالوا إنه لا مستند له، لكن رأيت في شرح نظم الكنز المقدسي من كتاب الحجر. قال: ونقل جد والدي لأمه الجمال الأشقر في شرحه للقدوري أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان في زمانهم لمطاوعتهم في الحقوق. والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أي مال كان لا سيما في ديارنا لمداومتهم للعقوق: [الطويل]

عَفَاءٌ عَلَى هَذَا الزَّمَانِ فَإِنَّهُ ... زَمَانُ عُقُوقٍ لاَ زَمَانُ حُقُوقِ
وَكُلُّ رَفِيقٍ فِيهِ غَيْرُ مُرَافِقٍ ... وَكُلُّ صَدِيقٍ فِيهِ غَيْرُ صَدُوقِ

قوله: (بخلاف سرقته من غريم أبيه) سقط من بعض النسخ لفظ «غريم» وهو خطأ. قوله: (لا) أي لا يقطع، لأن له ولاية أخذ دين ابنه الصغير. بقي لو لم يكن له ولاية لسوء اختياره أو لكونه رقيقاً، واستظهر ط أنه كذلك، ويظهر لي خلافه، تأمل.

قوله: (كسرقة شيء الخ) أي إذا سرق شيئاً فقطع فيه فرده إلى مالكه ثم سرقه ثانياً ولم يتغير المسروق عن الحالة الأولى لا يقطع، والقياس أنه يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف وقول الأئمة الثلاثة، وبيانه في الفتح. قوله: (أما لو تبدل العين) كما لو كان غزلاً فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فسرقه فإنه يقطع. وعلى هذا الصوف والقطن والكتان. وكل عين أحدث المالك فيه صنعاً بعد القطع لو أحدثه الغاصب ينقطع به حق المالك. بحر. قوله: (كالبيع) أي لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه فسرقه

على ما في المجتبى (أو من ذي رحم محرم لا برضاع) فلو محرميته برضاع قطع كابن عم هو أخ رضاعاً فإنه رحم نسباً محرم رضاعاً. عيني فسقط كلام الزيلعي.

(ولو) المسروق (مال غيره) أي غير ذي الرحم (بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) فإنه يقطع اعتباراً للحرز وعدمه (وبخلاف مرضعته): صوابه مرضعه

بقطع ثابتٌ عند مشايخ بخارى. وقال مشايخ العراق: لا يقطع. وظاهر الفتح اعتماد الثاني، وذكر في النهر ما يؤيد الأول. قوله: (على ما في المجتبى) أشار به إلى ما ذكرنا من الخلاف، وهذا القول ذكره في المجتبى جازماً به بلا حكاية خلاف كما ذكره المصنف في شرحه. قوله: (أو من ذي رحم محرم) ترجم في الهداية والكنز لهذه المسائل بقوله: فصل في الحرز، وهو كما في النهر لغة: الموضع الذي يحرز فيه شيء. وشرعاً: ما يحفظ فيه المال عادة كالدار وإن لم يكن لها أبواب أو كان وهو مفتوح، لأن البناء لقصد الإحراز، وكالحانوت والخيمة والشخص اهـ. ومثله في الفتح. لكن قوله: وإن لم يكن لها باب الخ، فيه كلام نذكره عند مسألة الفشاش. قوله: (فسقط كلام الزيلعي) حيث قال: «وقوله لا برضاع لا حاجة إلى إخراجه لأنه لم يدخل في ذي الرحم المحرم». ورده في البحر بأن هذا ظن منه أنه متعلق بالرحم، وليس كذلك، بل متعلق بالمحرم اهـ.

قلت: لا يظن بالزيلعي أنه ظن ذلك لأن الرحم وهو القرابة النسبية لا تكون بالرضاع أصلاً حتى يظن أن قوله: «لا برضاع» تقييد له، بل مبنى كلامه على أن المراد بالمحرم ما تكون محرميته من النسب كما هو المتبادر وكما عبر به في الهداية حيث قال: ذي رحم محرم منه. فقوله: «منه» أي من الرحم تصريح بالمراد، وعليه فلا يدخل فيه ابن العم الذي هو أخ رضاعاً لأنه محرم من الرضاع لا من الرحم. ثم رأيت عبارة الكنز التي شرح عليها الزيلعي بلفظ منه كعبارة الهداية. فتعين ما قلنا وسقط ما سواه. فافهم. قوله: (بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) أي إذا سرق مال رحمه المحرم من بيت أجنبي فإنه يقطع لوجود الحرز.

وفي الفتح: ينبغي أن لا يقطع لما في القطع من القطيعة. وأجاب في البحر بأن القطع حق الشرع لا حقه فلا يكون قطيعة.

واعترضه في النهر بأنه مشترك الإلزام، بأنه لو سرق من بيت رحمه المحرم يقطع ولا يلزمه القطيعة لما ذكر.

قلت: أنت خبير بأنه لا يصح القول بالقطع فيه لقيام المانع وهو عدم الحرز، بخلاف بيت الأجنبي، نعم ينبغي تقييده بغير قرابة الولاد، فلا يقطع في الولاد للشبهة في ماله على ما مر كما في التبيين والبحر والنهر. قوله: (اعتبار للحرز وعدمه) أي

بلا تاء. ابن كمال (مطلقاً) سواء سرق من بيتها أو من بيت غيرها فإنه يقطع لما مر (و) لا بسرقة (من زوجته) وإن تزوجها بعد القضاء. جوهرة (وزوجها ولو كان) المسروق (من حرز خاص له، و) لا (عبد من سيده أو عرسه أو زوج سيدته)

قطع في المسألة الأخيرة اعتباراً للحرز ولم يقطع فيما قبلها اعتباراً لعدمه، ففيه لف ونشر مشوش. وعن هذا قال البرجندي: الظاهر أنه لا دخل للقرابة؛ بل المعتبر الحرز؛ ففي كل موضع كان له أن يدخل فيه بلا مانع ولا حشمة لا يقطع، سواء كان بينهما قرابة أو لا. قال الحموي: وفيه نظر، فإن الصديقين يدخل أحدهما بيت الآخر بلا مانع ولا حشمة مع أنه يقطع، فظهر أن للقرابة المحرمية مدخلاً.

واعترضه الشيخ أبو السعود بأن هذا فيما لم يؤذن له بدخوله، حتى لو سرق من محل جرت عادته بدخوله لم يقطع اهـ.

قلت: لكن المنقول في الهداية وغيرها قطع الصديق لأنه عاداه في السرقة، ولم يفصلوا بين جريان عادة في الدخول أو عدمه، ويأتي له مزيد بيان عقيبه. قوله: (ابن كمال) حيث قال: المرضع التي شأنها الإرضاع، والمرضعة التي هي في حال الرضاع ملقمة ثديها للصبي، كذا في الكشاف؛ فمن قال هنا مرضعة لم يصب اهـ. لأنه لا يمكن أن يسرق منها في حال إرضاعها له. قوله: (لما مر) أي من اعتبار الحرز. وعن أبي يوسف: لا يقطع لدخوله عليها بلا استئذان وحشمة، بخلاف الأخت رضاعاً لانعدام هذا المعنى فيها عادة. وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم. فتح.

قلت: وإذا كان يقطع في السرقة من أمه رضاعاً مع الدخول بلا استئذان وحشمة فكذا في الصديق. وبه ظهر أن للقرابة المحرمية دخلاً، وكذا قولهم لأنه عاداه في السرقة يفيد الفرق وهو زوال الصداقة، بخلاف القرابة. تأمل. والله تعالى أعلم. قوله: (ولا بسرقة من زوجته) أي ولو من وجه كالمبتوتة المعتدة في منزل على حدة، ولو سرق بعد انقضاء العدة قطع. كافي الحاكم. قوله: (وإن تزوجها بعد القضاء) بالقطع لوجود الشبهة قبل الإمضاء. وأفاد أنه لا فرق بين كونه زوجها وقت السرقة أو بعدها قبل القضاء بالقطع أو بعده، وفي الأخير خلاف أبي يوسف، ولو سرق أحدهما من الآخر فطلقها قبل الدخول لم يقطع أيضاً كما في النهر. قوله: (من حرز خاص له) يعني بأن كان خارج مسكنهما صرح به في الهداية والبحر شرنبلالية. فالضمير في «له» عائد على المسروق لا على السارق، فافهم. قوله: (أو عرسه) أي زوجة سيده وشريكه مثلاً. قال في البحر: والعبد في هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لأنه مأذون بالدخول عادة في بيت هؤلاء

للإذن بالدخول عادة (و) لا (من مكاتبه وختنه وصهره و) من (مغنم) وإن لم يكن له حق فيه، لأنه مباح الأصل فصار شبهة. غاية بحثاً (وحمام) في وقت جرت العادة بدخوله، وكذا حوانيت التجار والخانات،

لإقامة المصالح. قوله: (ولا من مكاتبه) لأن له حقاً في أكسابه. نهر. قوله: (وختنه وصهره) ختنه: زوج كل ذي رحم محرم منه، وصهره: كل ذي رحم محرم من امرأته، وهذا عند الإمام. وقالا: يقطع لعدم الشبهة في ملك البعض لأنه تكون بالقرابة وهي منتفية. وله أن العادة جارية في دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز، وتأخير الزيلعي دليله مؤذن بترجيحه. نهر. وفي كافي الحاكم: ولا يقطع السارق من امرأة أبيه وزوج ابنته وابن امرأته وأبويها استحساناً. قوله: (ومغنم الخ) علله في الهداية بقوله: لأن له فيه نصيباً، وذكر أن ذلك مأثور عن علي رضي الله عنه حكماً وتعليلاً. هو أنه أتي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن، فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرة، رواه عبد الرزاق والدارقطني، وهذا ظاهر في أن الكلام فيمن له فيه استحقاق، وبه صرح في الفتح، لكن في النهر قال في الحواشي السعدية: وهذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع، لكن الرواية مطلقة في مختصر القدوري وشرح الطحاوي، فلا بد من تعليل آخر اهـ.

وفي غاية البيان: ينبغي أن يكون المراد من السارق من له نصيب فيه، أما من لا نصيب له فيقطع، اللهم إلا أن يقال: إنه مباح الأصل وهو على صورته لم يتغير فصار شبهة. وفي كلام المصنف: يعني صاحب الكنز ما يومىء إلى اعتبار الإطلاق، حيث قدم أنه لا قطع في المال المشترك، وإذا كان له حق فيه كان من المشترك، فذكره هنا ليس إلا لإفادة التعميم اهـ.

قلت: ما ذكر من إطلاق الرواية قد يدعي أنه يخصصه التعليل المأثور الذي جعلوه دليل الحكم، وإلا لزم إثبات حكم بلا دليل، وما ذكره في غاية البيان من أنه مباح الأصل فيه نظر، لأن مباح الأصل ما يكون تافهاً ويوجد مباحاً في دار الإسلام كالصيد والحشيش كما مر، والمغنم قد يكون من أعز الأموال. وأيضاً حكم مباح الأصل أنه لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرزه، والمغنم ليس كذلك قطعاً. نعم قال القهستاني بعد التعليل المأثور: ولا يخفى أن الآخذ إن كان من العسكر فالمغنم ذو حق في مال الشركة وإلا ففي مال العامة اهـ. وهذا في غاية الحسن، فإن خمس المغنم لذوي الحاجة من العامة، ومن سرق من مال العامة لا يقطع لأنه يستحق منه عند الحاجة فأورث شبهة كما عللوا به كما قدمناه عن البحر. قوله: (في وقت جرت العادة بدخوله) فيقطع لو سرق ليلاً لأن الإذن مختص بالنهار. بحر. وفيه إشارة إلى أنه لو اعتاد الناس دخوله في بعض

مجتبى (وبيت أذن في دخوله) ولو أذن لمخصوصين فدخل غيرهم وسرق ينبغي أن يقطع.

واعلم أنه لا يعتبر الحرز بالحافظ مع وجود الحرز بالمكان لأنه قوي، فلا يعتبر الحافظ في الحمام لأنه حرز ويعتبر في المسجد لأنه ليس بحرز، به يفتى. شمني.

(وكل ما كان حرزاً لنوع فهو حرز للأنواع كلها) فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل (على المذهب) وقيل حرز كل شيء معتبر بحرز مثله، والأول هو المذهب عندنا. مجتبى. لكن جزم القهستاني بأن الثاني هو المذهب، فتنبه

الليل فهو كالنهار كما في المضمرات. قهستاني، وإلى أن ذلك إذا كان الباب مفتوحاً.

ففي الحاوي الزاهدي: ولو سرق من حمام أو خان أو رباط أو حوانيت التجار وبابها مغلق يقطع وإن كان نهاراً في الأصح اهـ. قوله: (وبيت أذن في دخوله) فلا قطع بالسرقة منه في الوقت المأذون بالدخول فيه. ط. قوله: (ينبغي أن يقطع) البحث لصاحب البحر وتبعه من بعده ط. قوله: (لا يعتبر الحرز بالحافظ الخ) فلو سرق شيئاً من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحته لا يقطع، بخلاف المسجد. والفرق أن الحمام بني للإحراز فكان حرزاً كالبيت فلا يعتبر الحافظ، والمسجد لم يبن لإحراز الأموال فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء، وتمامه في الزيلعي. وأفاد أن الحرز نوعان كما قدمناه عند قوله: «من حرز». قوله: (به يفتى) زاد في الفتح: وهو ظاهر المذهب، ومقابله القول بأنه يقطع عنده لو سرق من الحمام في وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ، ولا يقطع عندهما. قوله: (فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل) لأن الحرز كما قدمناه كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذنه. ولا يخفى أن الإصطبل كذلك، وهذا بخلاف الوديعة فإنه يعتبر فيها حرز مثلها، حتى لو وضع المودع اللؤلؤ في الإصطبل يضمن كما حققناه في تنقيح الفتاوى الحامدية من الوديعة، وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (والأول هو المذهب عندنا) إذ كان أعاده لأجل نسبته إلى المجتبى كان الأخصر عزوه إليه عقب عبارة المتن، ولعل المراد إفادة الحصر بالجملة المعرفة الطرفين، فإنه زائد على ما في المتن، فافهم. قوله: (لكن جزم القهستاني الخ) لم ينسبه القهستاني إلى أحد يعتمد عليه، وما مشى عليه المصنف قال فيه شمس الأئمة السرخسي: هو المذهب عندنا كما نقله في الذخيرة وغيرها، وقد قال في الفتح: إنه هو الصحيح كما ذكره الكرخي، ثم قال: ونقل الإسبيجابي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرز مثله. فعلم أن ما في القهستاني قول البعض وأن المذهب المصحح خلافه، ولعل قوله: «إنه المذهب» سبق نظر، فليس في المسألة اختلاف تصحيح، فافهم.

(ولا يقطع نفاف) هو من يسرق الدراهم بين أصابعه (وفشاش) بالفاء: هو من يهيء لغلق الباب ما يفتحه إذا (فش) حانوتاً أو باب دار (نهاراً وخلا البيت من أحد) فلو فيه أحد وهو لا يعلم به قطع. شمني.

(ويقطع لو سرق من السطح) تصاباً لأنه حرز. شرح وهبانية (أو من المسجد) أراد به كل مكان ليس بحرز فعم الطريق والصحراء (ورب المتاع عنده) أي بحيث يراه (ولو) الحافظ (نائماً) في الأصح (لا) يقطع (لو سرق ضيف عن

قوله: (ولا يقطع قفاف) بقاف وفاءين بينهما ألف. قوله: (هو من يسرق الدراهم) الذي في المغرب وغيره: هو الذي يعطي الدراهم لينقدها فيسرقها من بين أصابعه ولا يشعر به صاحبه. قوله: (بالفاء) أي وبشينين معجمتين بينهما ألف. قوله: (الغلق الباب) بالتحريك، جمعه أغلاق كسبب وأسباب. مصباح. قوله: (نهاراً) لعل وجهه أن يكون مجاهراً وشرط القطع الخفية، بخلاف ما إذا كان ليلاً. قال الزيلعي: ولو كان باب الدار مفتوحاً في النهار فسرق لا يقطع لأنه مكابرة لا سرقة، ولو كان في الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع اهـ. زاد في الذخيرة عن أبي العباس أنه سوّى في الليل بين ما إذا كان الباب المفتوح مردوداً أو غير مردود في أنه يقطع فيهما. وفرق بينهما في النهار في أنه لو مردوداً قطع، وإلا لا اهـ.

قلت: ومسألة الفشاش مذكورة في كافي الحاكم، وهي تدل على أنه لا يقطع في النهار ملا فرق بين كونه مردوداً أو لا، لأنه إذا لم يقطع بفتحه نهاراً وهو مقفل، فإذا كان مفتوحاً مردوداً أو لا فهو كذلك بالأولى، فلذا أطلق الزيلعي عدم القطع كما علمت، ثم ذكر بعده مسألة الفشاش المذكورة. وبهذا علم أن ما قدمنا عن النهر عند قوله: «أو من ذي رحم» ليس على إطلاقه فتدبر. قوله: (قطع) أي لظنه الخفية، وأما لو علم فلا يقطع، لأنه مجاهر. قوله: (من السطح) أي إذا صعد إليه أو تناوله من داخل الدار، واحترز به عما لو سرق ثوباً بسط على حائط في السكة، بخلاف ما إذا كان إلى الدار فإنه يقطع كما في البحر. قوله: (أي بحيث يراه) أفاد أنه ليس المراد بالعندية الحضور بل الاطلاع عليه. قوله: (ولو الحافظ نائماً) عبر بالحافظ لأنه أعم من أن يكون هو رب المتاع أو غيره، وأطلق النائم فشمل ما إذا نام مضطجعاً أو لا، وما إذا كان المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أو بين يديه حالة النوم هو الصحيح. وقيل باشتراط كونه تحت رأسه أو جنبه. فتح. قال في النهر: وبه يقوله. «عندنا» إلى أنه لو كان لابساً له لم يقطع وقيل يقطع، حكاه في المجتبى اهـ. وبسطه في البحر. وفصل الزيلعي بين النائم وغيره، فيقطع في الأول لأنه أخذ خفية، لا في الثاني لأنه اختلاس، وذلك حيث قال: وفي المحيط لو سرق ثوباً عليه وهو رداؤه أو قلنسوة أو طرف منطقة أو سيفه أو

أضافه) ولو من بعض بيوت الدار أو من صندوق مقفل لاختلال الحرز (أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار) لشبهة عدم الأخذ، بخلاف الغصب (وإن أخرجه من حجرة الدار) المتسعة جداً إلى صحنها (أو أغار من أهل الحجر على حجرة) أخرى، لأن كل حجرة حرز (أو نقب فدخل أو ألقى) كذا رأيته في نسخ المتن والشرح بـ«أو» وصوابه بـ«الواو» كما في الكنز (شيئاً في الطريق) يبلغ نصاباً

سرق من امرأة حلياً عليها لا يقطع لأنها خلسة وليست بخفية سرقة، ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة له وهو لابسها أو واضعها قريباً منه بحيث يكون حافظاً لها قطع لأنه أخذها بخفية وسراً ولها حافظ وهو النائم اهـ. قوله: (ولو من بعض بيوت الدار) أي لا فرق بين أن يسرق من البيت الذي أضافه فيه أو من بيت آخر فيها. قوله: (لاختلال الحرز) لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد، فبالإذن فيها اختل الحرز في جميع بيوتها. بحر. قوله: (لشبهة عدم الأخذ) لأن الدار وما فيها في يد صاحبها فتم. رنه أيضاً أن المحرز بالمكان لا يجب القطع فيه إلا بالإخراج، لقيام يد المالك قبل الإخراج من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه، بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة فيجب موجبها اهـ. قوله: (بخلاف الغصب) يعني أن هذا في حق القطع لسقوط الحد بالشبهة، بخلاف ضمان الغصب؛ يعني لو هلك ما سرقه ولم يخرجه. قال في الفتح. قال بعضهم: لا ضمان عليه إذا تلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه. والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي، بخلاف القطع، لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد اهـ. قوله: (المتسعة جداً) أي التي فيها منازل، وفي كل منزل مكان يستغني به أهله عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاع السكة، وإلا فهي المسألة السابقة التي لا بد فيها من الإخراج من الدار. بحر. ونحو في الزيلعي وفي الكافي: يقطع إذا كانت دار واحدة عظيمة فيها مقاصير كل مقصورة مسكن على حيالها اهـ. والمقصورة: الحجرة بلسان أهل الكوفة. معراج. قوله: (أو أغار) المراد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة؛ يقال: أغار الفرس والثعلب في العدو أسرع. بحر. قوله: (من أهل الحجر) حال من فاعل أغار. قوله: (لأن كل حجرة حرز) علة للمسألتين؛ إذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة وماله كل واحد محرز بمقصورته، فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة، وإن كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد، فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها إذا سرق من بعض مقاصيرها. زيلعي. قوله: (في الطريق) أي بحيث يراه لأنه باق في يده فصار

(ثم أخذه) قطع لأن الرمي حيلة يعتاده السراق فاعتبر الكل فعلاً واحداً، ولو لم يأخذه أو أخذه غيره فهو مضيع لا سارق (أو حمله على دابة فساقه وأخرجه) أو علق رسنه في عنق كلب وزجره لأن سيره يضاف إليه (أو ألقاه في الماء فأخرجه بتحريك السارق) لما مر (أولاً بتحريكه بل) أخرجه (قوة جريه على الأصح) لأنه أخرجه بسببه. زيلعي (قطع) في الكل لما ذكرنا.

ويشكل على الأخير ما قالوا: لو علقه على طائر فطار إلى منزل السارق لم يقطع، فلذا والله أعلم جزم الحدادي وغيره بعدم القطع (وإن) نقب ثم (ناوله آخر

كأنه أخرجه معه، وإلا فلا قطع فيه عليه وإن خرج وأخذه لأنه صار مستهلكاً له قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه، كما لو ذبح الشاة في الحرز. جوهرة. قوله: (ثم أخذه) أشار إلى أنه لا يشترط للقطع الأخذ على فور الإلقاء اهـ ط. قوله: (يعتاده السراق) إما لتعسر الخروج مع المتاع أو ليمكنه الدفع أو الفرار. زيلعي. قوله: (فاعتبر الكل فعلاً واحداً) أي كل من النقب والدخول والإلقاء والأخذ حيث لم يعترض عليه يد معتبرة، وهذا جواب عن قول زفر: إنه لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب له. قوله: (ولو لم يأخذه) أي بأن خرج وتركه، وقوله: «أو أخذه غيره» أي قبل خروجه. قوله: (فهو مضيع) فعليه ضمانه. قوله: (لأن سيره يضاف إليه) أما لو خرج بلا سوق ولا زجر لم يقطع، لأن للدابة اختياراً فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل إليها كما في البحر. قوله. (لما مر) أي من أن الإخراج يضاف إليه. ط. قوله. (قوة جريه) في بعض النسخ «بقوة جريه». قوله: (لأنه أخرجه) أي لأن الماء أخرجه بسبب إلقائه فيه. قوله. (ويشكل على الأخير) أي ما لو ألقاه في الماء وأخرجه بقوة جريه، والاستشكال لصاحب النهر.

قلت: وقد يدفع بأن الطائر فعله يضاف إليه لأن للدابة اختياراً كما مر، فإذا لم يزجره بل طار بنفسه فقد عرض على فعل السارق فعل مختار فلم يضف إليه. نظيره ما إذا خرج الحمار بنفسه بلا سوق في المسألة المارة، وكذا ما يأتي في الغصب لو حل قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهبت لا يضمن، فافهم. قوله: (بعدم القطع) هو خلاف ما صححه في المبسوط. ومشى عليه المصنف تبعاً للزيلعي والفتح والنهاية. وفي الفتح: إنه قول الأئمة الثلاثة فترجح على ما جزم به الحدادي صاحب الجوهرة ولا سيما بعد اتضاح الجواب بما قلناه. قوله. (وإن نقب ثم ناوله آخر الخ) جواب الشرط قوله الآتي: «لا يقطع» وأفاد أنه لا يقطع المناول ولا المتناول، لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل

من خارج) الدار **(أو أدخل يده في بيت وأخذ)** ويسمى اللص الظريف، ولو وضعه في النقب ثم خرج وأخذه لم يقطع في الصحيح، شمني **(أو طرّ)** أي شق **(صرة خارجة من)** نفس **(الكم)** فلو داخله قطع، وفي الحل بعكسه **(أو سرق)** من مرعى أو **(من قطار)** بفتح القاف: الإبل على نسق واحد **(بعيراً أو حملاً)** عليه **(لا)** يقطع، لأن السائق والقائد والراعي لم يقصدوا الحفظ

خروجه، والثاني لم يوجد منه هتك للحرز فلم تتم السرقة من كل واحد، وإطلاقه تشمل ما إذا أخرج الداخل يده وتناول الخارج أو أدخل الخارج يده فتناول من يد الداخل وهو ظاهر المذهب. بحر. قوله: **(أو أدخل يده في بيت وأخذ)** أي من غير دخول في البيت، وقيد بالبيت احترازاً عن الصندوق ونحوه كما يأتي. قوله: **(ويسمى اللص الظريف)** مأثور عن علي رضي الله عنه مع تفسيره بمن يدخل يده في نقب البيت كما في الزيلعي. قوله: **(لم يقطع في الصحيح)** ذكره أيضاً في الفتح والبحر، وينظر الفرق بين هذه المسألة ومسألة ما لو ألقاه في الطريق ثم أخذه حيث لم يعتبر الكل فعلاً واحداً كما اعتبر هناك، مع أنه في المسألتين لم يوجد اعتراض يد معتبرة على المال قبل خروج السارق، ولعل الفرق أنه هناك تحقق إخراج المال حقيقة قبل خروجه، أما هنا فلا ثم، لما خرج وأخذه من النقب لم يأخذه من حرز فصار كما إذا أدخل يده في بيت وأخذ. تأمل. قوله: **(أو طر صرة خارجة)** الصرة: هي الخرقة التي يشد فيها الدراهم؛ يقال صررت الدراهم أصرها صراً: شددتها، والمراد الكم المشدودة التي فيها الدراهم. نهر. فقوله من نفس الكم بيان لقوله: الصرة ولذا زاد لفظ النفس لئلا يتوهم أنها من غيره

وحاصل صور المسألة أربعة. قال في غرر الأحكام: اعلم أن الصرة إن جعلت نفس الكم، فأما إن جعل الدراهم داخل الكم والرباط من خارج أو بالعكس، وعلى التقديرين، فإما إن طر أو حل الرباط، فإن طر والرباط من خارج فلا قطع، وإن طر والرباط من داخل بأن أدخل يده في الكم فقطع موضع الدراهم فأخذها من الكم قطع لأخذه من الحرز؛ وإن حل الرباط وهو خارج قطع، لأنه حينئذ لا بد أن يدخل يده في الكم فيأخذ الدراهم؛ وإن حل الرباط وهو داخل لا يقطع لأنه لما حل الرباط في الكم بقي الدراهم خارج الكم وأخذها من خارج. وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة: يقطع في الوجوه كلها لأن الكم حرز له. وتمام تحقيقه في الفتح. قوله: **(بفتح القاف)** صوابه بكسرها كما في شرحه على الملتقى والصحاح وغيرها والطلبة والقاموس. ط. قوله: **(أو حملاً عليه)** أي على البعير، فلو على الأرض فهي مسألة الجوالق الآتية. قوله: **(لأن السائق إلخ)** محمول على النشر المشوش، فقوله: «لأن السائق والقائد» راجع لقوله: أو من قطار، وقوله: «والراعي» راجع لقوله: من مرعى. ط. قوله: **(لم يقصدوا للحفظ)** بل يقصد الراعي لمجرد الرعي

(وإن كان معها حافظ أو شق الحمل فسرق منه أو سرق جوالقاً) بضم الجيم (فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه)

والسائق والقائد وكذا الراكب: يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة.

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ محرز، فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ، وأما القائد فحافظ للجمل الذي زمامه بيده فقط عندنا. وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ الكل محرزة عندهم بقوده. فتح. وبه علم أن القائد ليس على إطلاقه عندنا لأنه حافظ ما زمامه بيده، ولم أر التصريح به في غير هذه العبارة. تأمل. قوله: (وإن كان معها حافظ) أي مع ما ذكر من بعير المرعى والقطار والحمل، وإطلاق محمد عدم القطع في مواشي المرعى محمول على عدم الحافظ، ولو كان الحافظ هو الراعي اختلف المشايخ. ففي البقالي: لا يقطع، وهو الذي في المنتقى عن أبي حنيفة، وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع مع الحافظ. ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السرقة، بخلاف غيره. فتح. وفي المجتبى: وكثير من المشايخ أفتوا بما قاله البقالي. نهر. قوله: (وإن شق الحمل) أي جوالقاً على الأرض أو على ظهر جمل. قهستاني. وإنما قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكاً للحرز، بخلاف ما إذا أخذ الجوالق بما فيه، وكذا لو سرق من الفسطاط فإنه يقطع، ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع. بحر. وسيأتي بيانه. قوله: (فسرق منه) أي أخرج منه بيده ما قيمته عشرة دراهم فصاعداً، فلو خرج الشيء بنفسه ثم أخذه لا يقطع، لأن الإخراج من الحرز شرط. قهستاني. وفي حاشية نوح أفندي: قيد بالأخذ من المحمل، لأنه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الأرض ما سقط منه بسبب شقه لا يقطع لأنه لم يأخذ من الحرز اهـ. ومثله في اليعقوبية.

قلت: ويشكل عليه ما لو نقب البيت وألقى شيئاً في الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر، إلا أن يجاب بأن الإلقاء في الطريق هناك معتاد كما مر تعليله هناك، فتأمل. قوله: (أو سرق جوالقاً الخ) معناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه. فتح. قوله: (بضم الجيم) أي مع فتح اللام وكسرها، وبكسر الجيم واللام: الوعاء المعروف، وجمعه كصحائف وجواليق وجوالقات. قاموس. ونحوه في الصحاح. وفيه: أن القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة إلا معربة أو صوتاً. قوله: (وربه يحفظه) أي يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع مالكه أو غيره. قهستاني: أي فلا يلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الحمل. ابن كمال. وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد في مسألة القطار أيضاً، وهو ما أفاده الشارح أولاً بقوله: وإن كان معها حافظ، وهذا بخلاف مسألة الشق فقد قال الإسبيـ

أو بقربه (أو أدخل يده في صندوق غيره أو) في (جيبه أو كمه فأخذ المال قطع) في المختار. والأصل أن الحرز إن أمكن دخوله فهتكه بدخوله، وإلا فبإدخال اليد فيه والأخذ منه.

فروع: (سرق فسطاطاً منصوباً) لم يقطع ولو ملفوفاً، أو في فسطاط آخر قطع. فتح.

أخرج من حرز شاة لا تبلغ نصاباً فتبعها أخرى لم يقطع.

سرق مالاً من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول فقط. سراج.

(قال أنا سارق هذا الثوب قطع إن أضافه) لكونه إقراراً بالسرقة (وإن نونه)

أبي السعود: إنه يجب فيها القطع مطلقاً، فإن الجوالق غير محرز، فاعتبر الحافظ وما فيه محرز به، ففي شقه وأخذ ما فيه يقطع وإن لم يكن معه حافظ للأخذ من الحرز، وفي أخذه بحمله لا يقطع إلا أن يكون معه من يحفظه، وكأنهم إنما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه. اهـ ملخصاً. قوله: (أو بقربه) أي بحيث يراه كما مر. قوله: (أو أدخل يده) وكذا لو أدخل شيئاً آخر يعلق بالمتاع. قهستاني. قوله: (في صندوق) بالضم وقد يفتح، جمعه صناديق كعصفور وعصافير. قاموس. وفي المصباح أن الفتح عامي. قوله: (أو في جيبه) جيب القميص ونحوه بالفتح: طوقه. قاموس. وقد قال في المصباح: جيب القميص بالفتح ما يفتح على النحر، والجمع أجياب وجيوب. والمراد بالجيب هنا ما يشق بجانب الثوب لتحفظ فيه الدراهم، ومن إطلاق الجيب عليه عربي أو عرفي. حموي. وفي حاشية أبي السعود أن الأخذ من العمامة أو الحزام كالأخذ من الجيب. قوله: (أو كمه) أي بأن وضع شيئاً في داخل الكم من غير ربط، وإلا فهي مسألة الطر. تأمل. قوله: (فهتكه) الهتك: الخرق والشق. قوله: (فسطاطاً) هو الخيمة. قوله: (لم يقطع) لأنه ليس محرزاً بل ما فيه محرز به، فلذا قطع فيما في جوفه. فتح. ونظيره ما لو سرق الجوالق كما مر. قوله: (ولو ملفوفاً) أي ولو كان ملفوفاً عنده يحفظه. فتح. قوله: (قطع) أي إذا أخذه من حرز من مكان أو حافظ. قوله: (فتبعها أخرى) أي خرجت من الحرز تبعاً لها من غير سوقه ولا إخراجه. قوله: (قطع المحمول فقط) لأنه لا عبرة للحامل، ألا ترى أن من حلف أن لا يحمل شيئاً فحمل حامل الشيء لم يحنث. جوهرة.

قلت: ولهذا لو جلس على المصلي طائر عليه نجاسة لا تفسد صلاته، ومثله صبي يستمسك بنفسه، بخلاف من لا يستمسك لأن المصلي يصير حاملاً للصبي والنجاسة.

قوله: (لكونه إقراراً بالسرقة الخ) المسألة منقولة في الفتح وغيره معللة بأن الإضافة على الحال والنصب على الاستقبال، وما هنا علل به في شرح الوهبانية عن المحيط.

ونصب الثوب (لا) يقطع، لكونه عدة لا إقرار. درر.

وتوضيحه: إذا قيل هذا قاتل زيد، معناه أنه قتله، وإذا قيل هذا قاتل زيداً معناه أنه يقتله، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال، فلا يقطع بالشك.

قلت: في شرح الوهبانية: ينبغي الفرق بين العالم والجاهل، لأن العوام لا يفرقون، إلا أن يقال: يجعل شبهة لدرء الحد، وفيه بعد.

(وللإمام قتل السارق سياسة) لسعيه في الأرض بالفساد. درر. وهذا إن عاد، وأما قتله ابتداء فليس من السياسة في شيء. نهر.

قلت: وتحقيق المقام: أن اسم الفاعل لا ينصب المفعول إلا إذا كان بمعنى الحال أو الاستقبال، فلو بمعنى الماضي مثل أنا ضارب زيد أمس وجبت إضافته وتسمى إضافة محضة والعامل تجوز إضافته، وتسمى غير محضة لأنها على نية العمل والتعطيل عن الإضافة كما قرر في محله. وبه ظهر أن اسم الفاعل حال الإضافة يحتمل أن يكون بمعنى الماضي أو الحال أو الاستقبال: لا، لكن لما كان الأصل فيما كان بمعنى الحال أو الاستقبال هو العمل، فالأصل في المضاف أن يكون بمعنى الماضي، فيكون إقراراً بأنه سرق الثوب في الماضي، ويلزم منه أن يكون متصفاً بسرقته أيضاً في الحال فيقطع. أما إذا نصب الثوب لزم أن يكون الوصف بمعنى الحال أو الاستقبال، فإن حمل على الحال لزم القطع، وإن حمل على الاستقبال لم يلزم، فلا يقطع بالشك وتعين حمله على الاستقبال، فيكون عدة بأنه سوف يسرق هذا الثوب لا إقراراً بأنه هو سارقه في الحال: أي هذه السرقة المدعى بها، فافهم. ووقع في شرح الوهبانية هنا كلام غير محرر، فتدبر. قوله: (قلت في شرح الوهبانية الخ) وعبارته قلت: والقطع المذكور بإصراره وعدم رجوعه، أما لو رجع قبل رجوعه كما تقدم، وينبغي أن لا يجري في هذا الإطلاق، لأن العوام لا يفرقون بين العالم والجاهل، اللهم إلا أن يقال: يجعل هذا شبهة في درء الحد، وفيه بعد، والله أعلم اهـ.

أقول: معناه أنه ينبغي أن يكون التفصيل السابق في حق العالم، أما الجاهل فلا يفرق بين كونه بمعنى الماضي أو الحال، وإنما يقصد الإقرار فيقطع مطلقاً، إلا أن يجعل الإعراب شبهة دارئة في حقه فلا يقطع إذا نون، وفيه بعد: لأن التنوين دليل عدم إرادة الإقرار، هذا ما ظهر لي، فتأمله. قوله: (وهذا إن عاد) ظاهره ولو في المرة الثانية، لكن قيد بعضهم بما إذا سرق بعد القطع مرتين.

وفي حاشية السيد أبي السعود: رأيت بخط الحموي عن السراجية ما نصه: إذا سرق ثالثاً ورابعاً للإمام أن يقتله سياسة لسعيه في الأرض بالفساد اهـ. قال الحموي: فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة زاعمين أن ذلك سياسة جور وظلم وجهل،

قلت: وقدمنا عنه معزياً للبحر في باب الوطء الموجب للحد أن التقييد بالإمام يفهم أنه ليس للقاضي الحكم بالسياسة، فليحقق.

باب كيفية القطع وإثباته

(تقطع يمين السارق من زنده) هو مفصل الرسغ (وتحسم) وجوباً، وعند الشافعي ندباً. فتح (إلا في حرّ وبرد شديدين) فلا تقطع، لأن الحدّ زاجر لا متلف، ويحبس ليتوسط الأمر (وثمن زيته ومؤنته) كأجرة حداد وكلفة حسم (على

والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ اهـ. قوله: (قلت وقدمنا الخ) فيه كلام قدمناه هناك وفي هذا الباب عند تعزير المتهم، والله سبحانه أعلم.

باب كيفية القطع وإثباته

لما كان القطع حكم السرقة ذكره عقبها لأن حكم الشيء يعقبه. بحر. قوله: (تقطع يمين السارق) أي ولو كانت شلاء أو مقطوعة الأصابع أو الإبهام، وإن كانت اليمنى مقطوعة قبل ذلك قطعت رجله اليسرى فإن كانت رجله اليسرى مقطوعة قبل ذلك: لم يقطع، ويضمن السرقة ويحبس حتى يتوب. جوهرة. قوله: (من زنده) بفتح الزاي وسكون النون. قوله: (هو مفصل رسغ) الإضافة بيانية. قال في النهر: من مفصل الزند وهو الرسغ: قال الجوهري: الزند موصل طرف الذراع، وهما زندان الكوع والكرسوع، فالكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام. والكرسوع: طرف الزند الذي يلي الخنصر اهـ ح. قوله: (وتحسم) بالحاء المهملة: أي تكوى بزيت مغلي ونحوه. نهر. ومثله في المغرب. وقال مسكين: الحسم الكي بحديدة محماة لئلا يسيل دمه. قوله: (وجوبا) أي كما يفيده قول الهداية: لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف. فتح، وقد صرح به القهستاني. قوله: (إلا في حر وبرد شديدين) وإلا في حال مرض. مفتاح، وقيده في البناية بالمرض الشديد. أفاده ط عن الحموي قوله (فلا يقطع) إنما ذكره ليفيد أن الاستثناء من قوله: «تقطع» لا من قوله: «تحسم» وإن قرب ذكره. ط. قوله: (ليتوسط الأمر) أي أمر الحر والبرد. قوله: (ومؤنته) أي مؤنة القطع: أي ما ينفق فيه، وبينها بقوله: «كأجرة حداد» أي من يباشر الحد وهو القطع هنا، وقوله: «وكلفة حسم» يشمل ثمن الزيت، وكذا ثمن حطب وأجرة إناء يغلي فيه الزيت.

تنبيه: يسن عند الشافعي وأحمد تعليق يده في عنقه، لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به[1]. وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عنه ﷺ في كل من قطعه ليكون

---

(١) أخرجه أحمد ٦/ ٢٠٤، وأبو داود ٤/ ٣٦٧ (٤٤١١) والترمذي ٤/ ٤٩ (١٤٤٧) والنسائي ٨/ ٩٢، وابن ماجه ٢/ ٨٦٣ (٢٥٨٧).

السارق) عندنا لتسببه، بخلاف أجرة المحضر للخصوم في بيت المال، وقيل على المتمرد. شرح وهبانية.

قلت: وفي قضاء الخانية: هو الصحيح، لكن في قضاء البزازية: وقيل على المدعي وهو الأصح كالسارق (ورجله اليسرى من الكعب إن عاد، فإن عاد) ثالثاً (لا، وحبس) وعزر أيضاً بالضرب (حتى يتوب) أي تظهر أمارات التوبة. شرح وهبانية. وما روي يقطع ثالثاً ورابعاً إن صح حمل على السياسة أو نسخ (كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها) سوى

سنة. فتح. قوله: (كالسارق) محل هذه الكلمة عقب قوله: «على المتمرد». قال في شرح "الوهبانية": قيل أجرة المشخص - أي المحضر للخصوم في بيت المال، وقيل: على المتمرد كالسارق إذا قطعت يده، فأجرة الحداد والدهن الذي تحسم به العروق على السارق لأنه المتسبب اهـ. قوله: (من الكعب) أي لا من نصف القدم من معقد الشراك خلافاً للروافض. قوله: (إن عاد) أي بعد ما قطعت يمينه، ولا بأن سرق مرات قبل القطع تقطع يمينه للكل لأنه يكتفي بحد واحد لجنايات اتحد جنسها كما تقدم بيانه قبيل باب التعزير. قوله: (حتى يتوب الخ) أي أو يموت فتح. وفي القهستاني: ومدة التوبة مفوضة إلى رأي الإمام، وقيل مقدرة إلى أن يظهر سيما الصالحين في وجهه، وقيل يحبس سنة، وقيل إلى أن يموت، كما في الكفاية اهـ. قوله: (ثالثاً ورابعاً) أي اليد اليسرى ثم الرجل اليمنى. قوله: (إن صح حمل على السياسة أو نسخ) أشار إلى ما قاله الإمام الطحاوي: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً. قال في الفتح. وفي المبسوط الحديث غير صحيح، ولئن سلم يحمل على الانتساخ، لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود كقطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم. ثم قال في الفتح بعد نقله: بل مقتضى ما عن علي وابن عباس وعمر أن هذا قد ثبت ثبوتاً لا مرد له، ويبعد أن يقطع ﷺ أربعة السارق ثم يقتله ولا يعلمه مثل علي وابن عباس وعمر من الصحابة الملازمين، ولو غابوا لا بد من علمهم عادة فامتناع علي رضي الله تعالى عنه إما لضعف ما مر أو لعلمه بأن ذلك ليس حداً مستمراً، بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الأرض وبعد الطباع عن الرجوع، فله قتله سياسة، فيفعل ذلك القتل المعنوي اهـ: أي أن قطع أربعته قتل معنى، فإذا رأى أن له قتله سياسة فله قتله معنى، وهذا يشير إلى ما قدمناه من أن له قتله سياسة في الثالثة. تأمل. قوله: (كمن سرق الخ) أي كما لا يقطع بل يحبس حتى يتوب من سرق الخ، لأن القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشاً، وذلك إهلاك، وفوت الأصبعين منها يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش، بخلاف فوت واحدة غير الإبهام؛ لم قيد باليسرى؟ لأن اليمنى لو كانت

الإبهام (أو رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء) لم يقطع لأنه إهلاك، بل يحبس ليتوب.

(ولا يضمن قاطع) اليد (اليسرى) ولو عمداً في الصحيح. نهر (إذا أمر بخلافه) لأنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه؛

شلاء أو ناقصة الأصابع قطع في ظاهر الرواية، لأن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز. نهر. قوله: (**أو رجله اليمنى مقطوعة**) قيد بقطعها لأن المقطوع لو كان هو الأصابع منها: فإن استطاع المشي قطعت يده، وإلا لا كما في البحر عن السراج؛ وقيد باليمنى لأنه لو كانت رجله اليسرى مقطوعة قطع. قال في كافي الحاكم: وإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى اهـ. فلو يده اليمنى أيضاً مقطوعة لم يقطع كما قدمناه أول الباب. قوله: (**لم يقطع**) أي لم يقطع يده اليمنى في جميع ما ذكر كما نص عليه في غاية البيان، خلافاً لما يوهمه كلام العيني والنهر، حيث قالا: لا تقطع رجله اليسرى اهـ. وأجاب ابن الشلبي بأنه محمول على ما إذا سرق ثانياً، والحال أن رجله اليمنى مقطوعة فإنه حينئذ لا تقطع رجله اليسرى. قال: وهذا الحمل صحيح، لكنه بعيد مخالف لما يقتضيه سياق الكلام. قوله: (**لأنه إهلاك**) أي بتفويت جنس منفعة البطش أو المشي، لأنه إذا لم يكن له يد ورجل من طرف واحد لم يقدر على المشي أصلاً، بخلاف ما إذا كان من طرفين فإنه حينئذ يضع العصا تحت إبطه. ابن كمال. قوله: (**ولا يضمن**) غير أنه يؤدب. نهر: أي إن كان عمداً. بحر عن الفتح. قوله: (**ولو عمداً**) هذا عند الإمام. وقالا: إنه يضمن في العمد أرش اليسار. وقال زفر: يضمن مطلقاً: أي في العمد والخطإ، والمراد بالخطإ هو الخطأ في الاجتهاد من القاطع في أن قطعها يجزي نظراً إلى إطلاق النص. أما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار فلا يجعل عفواً لأنه بعيد يتهم به مدعيه: وقيل يجعل عفواً. قال في المصفى: هو الصحيح، والقياس ما قاله زفر. نهر. قوله: (**في الصحيح**) ظاهره أنه تصحيح لقول الإمام في شموله العمد والخطأ، وهذا لم يذكره في النهر، وإنما الذي فيه تصحيح القول بجعل الخطإ عفواً على التفسير الثاني من تفسيري الخطإ كما سمعت من عبارة النهر؛ نعم ظاهر الرواية وغيرها اعتماد قول الإمام وهو ظاهر إطلاق المتون، فتفهم. قوله: (**إذا أمر بخلافه**) أي بأن أمره الحاكم بقطع اليمين فقطع اليسرى، أما لو أطلق وقال اقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقاً لعدم المخالفة، إذ اليد تطلق عليهما؛ وكذا لو أخرج السارق يده فقال هذا يميني لأنه قطعه بأمره. بحر.

تنبيه: لم يبين المصنف أن هذا القطع وقع حداً أم لا؛ قيل نعم فلا ضمان على السارق لو استهلك العين: وقيل لا فيضمن في العمد والخطإ كما في البحر والنهر. قوله: (**لأنه أتلف وأخلف الخ**) أي فلا يعد إتلافاً، كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل

وكذا لو قطعه غير الحداد في الأصح.

(ولو قطعه أحد قبل الأمر والقضاء وجب القصاص في العمد والدية في الخطإ، وسقط القطع عن السارق) سواء قطع يمينه أو يساره **(وقضاء القاضي بالقطع كالأمر)** على الصحيح **(فلا ضمان)** كافي

وفي السراج: سرق فلم يؤاخذ بها حتى قطعت يمينه **قصاصاً قطعت رجله اليسرى (وطلب المسروق منه)** المال لا القطع على الظاهر. بحر **(شرط القطع**

قيت ثم رجع. هداية. إنما قلنا إنه أخلف لأن اليمنى كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها. بخلاف ما لو قطع رجله اليسرى: أي حيث يضمن، لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة، لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي، وأما إن قطع رجله اليسرى فلأنه لم يعوض عليه شيئاً. فتح. قوله: **(وكذا لو قطعه غير الحداد)** أي بعد أمر القاضي الحداد، أما إذا صدر ذلك قبل الأمر أصلاً فهو ما ذكره بعد. ط.

والحاصل أن القاضي إذا أمر الحداد بقطعه فقطع اليسرى الحداد أو غيره لا يضمن. قوله: **(في الأصح)** قال في الفتح: احتراز عما ذكر الإسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال: هذا كله إذا قطع الحداد بأمر السلطان. ولو قطع يساره غيره، ففي العمد القصاص، وفي الخطإ الدية. قوله: **(ولو قطعه أحد الخ)** قال في شرح الطحاوي: من وجب عليه القطع في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه، فهذا لا يخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعدها، قبل القضاء أو بعده: فإن كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد، والأرش في الخطإ، وتقطع رجله اليسرى في السرقة، وإن كان بعد الخصومة قبل القضاء فكذلك الجواب، إلا أنه لا تقطع رجله في السرقة لأنه لما خوصم كان الواجب في اليمنى وقد فاتت فسقط، وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه من السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو سرق في يده اهـ. ط عن حاشية الشلبي على الزيلعي. قلت: فقول المصنف: «وسقط القطع الخ» تبع فيه شيخه في بحره، وقد علمت ما فيه، إلا أن يحمل على ما إذا كان القطع بعد الخصومة. قوله: **(قصاصاً)** احترز به عن القطع للسرقة فإنه لا يقطع ثانياً لاتحاد الجنس. ط: أي فيقع هذا القطع عن السرقتين السابقتين بخلاف ما إذا سرق بعد القطع كما مر. قوله: **(قطعت رجله اليسرى)** لأنها المحل وقت القطع اهـ. ح. قوله: **(لا القطع على الظاهر)** قال في البحر: وأشار الشمني إلى أنه لا بد من الطلبين، لكن في «الكشف الكبير» أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد، وإثباته ولا

مطلقاً) في إقرار وشهادة على المذهب، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة **(وكذا حضوره)** أي المسروق منه **(عند الأداء)** للشهادة **(و)** عند **(القطع)** لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع لا حضور الشهود على الصحيح. شرح المنظومة وأقره المصنف.

قلت: لكنه مخالف لما قدمه متناً وشرحاً فليحرر، وقد حرره في الشرنبلالية بما يفيد ترجيح الأول. تأمل.

ثم فرع على قوله وطلب المسروق إلى آخره فقال: **(فلو أقر أنه سرق مال الغائب توقف القطع على حضوره ومخاصمته، و)** كذا **(لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو لا أخبرك من صاحبها لا قطع)** لأنه يلزم من جهالته عدم طلبه **(و)** كل **(من له يد صحيحة ملك الخصومة)** ثم فرع عليه بقوله **(كمودع وغاصب)** ومرتهن ومتول وأب ووصي وقابض على سوم الشراء **(وصاحب ربا)**

يملك العين بعد الوجوب ولا يورث عنه نعم، فقد صرح بأنه لا يملك طلب القطع إلا أن يقال إنه لا يملكه مجرداً عن طلب المال. والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال ويشترط حضوره عند القطع لا طلبه القطع إذ هو حقه تعالى فلا يتوقف على طلب العبد. وفي النهر: والظاهر ما جرى عليه الشارح الزيلعي وغيره من الاكتفاء بدعوى المال. قوله: **(على المذهب)** وروي عن أبي يوسف أنه في الإقرار لا تشترط المطالبة كما في الفتح. قوله: **(لأن الخصومة الخ)** أفاد أن حد السرقة لا يثبت بدعوى الحسبة. تأمل. قوله: **(قلت لكنه مخالف لما قدمه)** أي في الباب السابق في قوله: ويشترط للقطع حضور شاهديها وقته. قوله: **(بما يفيد ترجيح الأول)** أي ما تقدم من اشتراط الحضور. وفيه نظر، بل مفاده ترجيح ما هنا، فإن الذي حرره هو ما نقله عن كافي الحاكم من أن ما هنا هو قول الإمام الأخير فيكون الأول مرجوعاً عنه، ولذا صحح ما هنا في شرح المنظومة الوهبانية كما حررناه فيما تقدم، فافهم. قوله: **(وكل من له يد صحيحة ملك الخصومة)** شمل المالك والأمين والضمين كالغاصب، فإنه يجب عليه حفظ المغصوب كالأمين فيملك الخصومة، لأنه لا يقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك، كما أفاده في الفتح. وشمل ما إذا كان المالك حاضراً أو غائباً كما في النهر عن المعراج. قوله: **(ثم فرع عليه)** الأولى ثم مثل له. ط. قوله: **(ومتول)** أي متولي الوقف كما في الزيلعي والفتح، وعبر في البحر بمتولي المسجد. وهذا يرد ما بحثه في البحر في الباب السابق من أنه لا قطع بسرقة مال الوقف، وتقدم الكلام فيه هناك. قوله: **(وقابض على سوم الشراء)** لأنه إذا سمى الثمن كان مضموناً عليه، وإلا كان أمانة

بأن باع درهماً بدرهمين وقبضهما فسرقا منه لأن الشراء فاسداً بمنزلة المغصوب، بخلاف معطي الربا لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد. شمني. ولا قطع بسرقة اللقطة. خانية.

بمنزلة المودع، وعلى كل فيده صحيحة ومثل من ذكر كما في الفتح وغيره: المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع. قوله: (بأن باع درهماً بدرهمين) الأحسن قول النهر: باع عشرة بعشرين وقبضها فسرقت اهـ. لتحقق النصاب الموجب للقطع اهـ. ح. قوله: (لأن الشراء فاسداً) أي الذي منه الربا بمنزلة المغصوب في أن كلاً منهما مضمون على ذي اليد بالقيمة. قوله: (بخلاف معطي الربا) مخالف لقوله: «ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم». قوله: (لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد) فيه نظر، لما في الأشباه من أن الربا لا يملك فيجب عليه رد عينه ما دام قائماً، حتى لو أبرأه صاحبه لا يبرأ منه لأن رد عينه القائمة حق الشرع اهـ. وبه علم أن صاحب الربا في عبارة المصنف وهو الذي قبضه لم يملكه بل بقي على ملك المعطي، فصار المعطي مالكاً والقابض ذا يد فتصح مطالبة كل منهما بمنزلة المغصوب، كما هو صريح عبارة المصنف الآتية تبعاً للكنز، ولصاحب النهر هنا كلام غير محرر فراجعه وتدبر. قوله: (ولا قطع بسرقة اللقطة) هذا لم يصرح به في الخانية، وإنما يفهم منها كما بحثه في البحر.

وعبارة الخانية: رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها في يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل، بخلاف الوديعة، فإن في الوديعة يكون للمودع أن يأخذها من الثاني، لأن لقطة الثاني كالأول في ولاية أخذ اللقطة، وليس الثاني كالأول في إثبات اليد على الوديعة اهـ. قال في البحر: فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط كما لا يخفى اهـ. وتبعه أخوه في النهر، وكذا المقدسي.

واعترضه السيد أبو السعود بأن نفي الخصومة بين الملتقط الأول والثاني لا يدل على أنه لا خصومة بين الملتقط والسارق منه. اهـ.

قلت: أي لأن الملتقط يده يد أمانة حتى لا يتمكن أحد من أخذها منه، ولو دفعها لآخر له أن يستردها منه؛ ولو ذكر أحد علامتها ولم يصدقه الملتقط أنها له لا يجبر على دفعها إليه، فلو لم تكن له يد صحيحة لم يكن له شيء من ذلك؛ وهذا يدل على أن له مخاصمة السارق منه، بخلاف ما إذا ضاعت منه فالتقطها غيره، فإن يد الأول زالت بإثبات يد مثل يده عليها، لأن الثاني له ولاية أخذها فليس للأول بعد زوال يده مخاصمة الثاني. وأما الوديعة إذا ضاعت من المودع فإن له مخاصمة ملتقطها، إذ ليس له إثبات يد عليها كالمودع، ولعل وجه الفرق بين المودع والملتقط الأول، مع أن كلاً منهما يده يد أمانة: إن يد المودع أقوى لأنها بإذن المالك فكانت يده يد المالك، بخلاف يد

(ومن لا) يد له صحيحة (فلا) يملك الخصومة، كسارق سرق منه بعد القطع لم يقطع بخصومة أحد ولو مالكاً، لأن يده غير صحيحة كما يأتي آنفاً.

(ويقطع بطلب المالك) أيضاً (لو سرق منهم) أي من الثلاثة، وكذا بطلب الراهن مع غيبة المرتهن على الظاهر لأنه هو المالك (لا بطلب المالك) للعين المسروقة (أو) بطلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) لسقوط عصمته.

(بخلاف ما إذا سرق) الثاني من السارق الأول (قبل القطع) أو بعد ما درئ

الملتقط، والله تعالى أعلم. قوله: (سرق منه) بالبناء للمجهول والجملة صفة لسارق، وقوله: «بعد القطع» أي قطع السارق الأول، وقوله: «لم يقطع» أي السارق الثاني، وقوله: «لأن يده» أي يد السارق الأول. قوله: (كما يأتي آنفاً) أي قريباً وهو بكسر النون، ويجوز في أوله المد والقصر، وقرئ بهما كما في القاموس. قوله: (ويقطع بطلب المالك) شمل ما إذا حضر المسروق منه أو لم يحضر، وعن محمد أنه لا بد من حضوره، وظاهر الرواية الأول كما في النهر والزيلعي. قوله: (أي من الثلاثة) من المودع والغاصب وصاحب الربا. زيلعي وغيره. ولا يخفى أن المراد بالمالك في مسألة الربا هو المعطي لأنه باق على ملكه، فهذا صريح في أنه يقطع السارق بطلبه خلافاً لما قدمه عن الشمني، ومثل الثلاثة غيرهم ممن مر، كما في الفتح وغيره. قوله: (وكذا بطلب الراهن) أي إذا كانت العين قائمة وقد قضى الدين، أما إذا لم يقضه أو استهلك السارق العين فلا قطع بخصومته، لأنه قبل الإيفاء لا حق له في المطالبة بالعين، وبالاستهلاك صار المرتهن مستوفياً لدينه. قال الزيلعي: وينبغي أن يقطع بخصومته فيما إذا زادت قيمة الرهن على دينه بما يبلغ نصاباً، لأن له المطالبة بما زاد كالمودع، وتمامه في الفتح، وهو المذكور في غاية البيان نهر. أي أن له مطالبة السارق بعد الهلاك بما زاد، كما عبر به الزيلعي، فليس المراد أن له مطالبة المرتهن، إذ ليس له ذلك. قوله: (لا بطلب المالك الخ) أي لا يقطع السارق الثاني بطلب الخ. قوله: (لو سرق) قيد لطلب المالك ولطلب السارق. قوله: (بعد القطع) أي قطع الأول. قوله (لسقوط عصمته) أي المال، لأنه لا ضمان على السارق بعد ما قطعت يمينه كما يذكره المصنف. قال في الفتح: وقال مالك والشافعي في قول: يقطع بخصومة المالك، لأنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيه.

ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوّم في حقه، وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له، ويد السارق الأول ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك، فكان المسروق مالاً غير معصوم، فلا قطع فيه اهـ. قوله: (أو بعد ما درئ بشبهة) كدعواه أنه ملكه ونحو ذلك كما يأتي.

بشبهة (فإن له ولرب المال القطع) لأن سقوط التقوّم ضرورة القطع ولم توجد فصار كالغاصب، ثم بعد القطع: هل للأول استرداده؟ روايتان، واختار الكمال رده للمالك.

(سرق شيئاً ورده قبل الخصومة) عند القاضي (إلى مالكه) ولو حكماً كأصوله ولو في غير عياله

واعترض بأن هذا يغني عن قوله: «قبل القطع» وفيه أن المتبادر من قوله: «قبل القطع» كون القطع لازماً له، وهذا سقط عنه بشبهة؛ نعم يعلم حكم الساقط بالأولى، لكنه تابع الهداية لزيادة الإيضاح، فافهم. قوله: (فإن له) أي للسارق الأول. قوله: (لأن سقوط التقوم ضرورة للقطع الخ) كذا في الهداية، وهو برفع ضرورة على أنه خبر «أن» أو بنصبه على أنه مفعول لأجله، والخبر محذوف - أي ثابت لضرورة القطع - أي أنه أمر ضروري للقطع - أي أنه يلزم من وجوب القطع سقوط التقوم لا ينفك عن القطع ولا يوجد بدونه، لأن عدم سقوطه ينافي وجوب القطع كما يأتي بيانه، هذا ما ظهر لي. وفي هذا التعليل إشارة إلى الرد على ما قاله الكرخي والطحاوي من إطلاق عدم القطع، سواء قطع الأول أو لا، كما قدمناه أول كتاب السرقة.

قلت: ومفهوم هذا التعليل أن المراد بقوله: «قبل القطع» ما إذا لم يقطع الأول أصلاً، ويدل عليه ما يأتي من أنه لا فرق في عدم الضمان بين هلاك العين واستهلاكها قبل القطع أو بعده، فإذا لم تكن مضمونة بالاستهلاك قبل القطع. يعني ثم قطع تحقق سقوط التقوم. فعلم أن التقوّم لا يسقط إلا إذا لم يوجد قطع أصلاً. تأمل. قوله: (فصار كالغاصب) أي في أن له يداً صحيحة هي يد الضمان. قوله: (ثم بعد القطع الخ) أي قطع السارق الأول، والأولى ذكر هذا قبل قوله: «بخلاف ما إذا سرق الخ». قوله: (روايتان) إحداهما له استرداد المسروق من السارق الثاني لحاجته إلى الرد الواجب عليه، والأخرى لا، لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك. فتح. قوله: (واختار الكمال الخ) أي اختار أن القاضي يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضراً وإلا حفظه له كما يحفظ أموال الغيّب، ولا يرده إلى الأول ولا يدفعه مع الثاني لظهور خيانة كل منهما. قوله: (ورده قبل الخصومة) أي الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الإقرار، وقيد بالرد قبل الخصومة لأنه لو رده بعدها سواء قضى بالقطع أو لا فإنه يقطع. نهر. قوله: (ولو حكماً كأصوله ولو في غير عياله) أي كوالده وجده ووالدته وجدته، لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد، بخلاف ما إذا رده إلى عيال أصوله، لأنه شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة. ومن الرد الحكمي الرد إلى فروعه وكل

(أو ملكه) أي المسروق (بعد القضاء) بالقطع ولو بهبة مع قبض (أو ادعى أنه ملكه) وإن لم يبرهن للشبهة (أو نقصت قيمته من النصاب) بنقصان السعر في بلد الخصومة (لم يقطع) في المسائل الأربع.

(أقرّا بسرقة نصاب ثم ادعى أحدهما شبهة) مسقطة للقطع (لم يقطعا) لما

ذي رحم محرم منه إن كانوا في عياله، والرد إلى مكاتبه وعبده. بحر. وكذا إلى زوجته وأجيره مشاهرة، وهو الذي يسمى علامة أو مسانهة. فتح. وتمامه فيه. قوله: (أو ملكه بعد القضاء بالقطع) لأن الإمضاء من القضاء في الحدود أي فالملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء؛ لأن القاضي لما لم يمض صار كأنه لم يقض، فلا يستوفي القطع كما قبل القضاء، وهذا لأن القاضي لا يخرج عن عهدة القضاء في باب الحدود بمجرد قوله: «قضيت» بل بالاستيفاء جلداً أو رجماً أو قطعاً، فلا جرم كان الإمضاء من القضاء، بخلاف حقوق العباد فإنه ثمة بمجرد قوله: «قضيت» يخرج عن عهدة القضاء، وإن السارق لو قطع بعد الملك تطع في ملك نفسه اهـ. ط عن الشلبي. قوله: (ولو بهبة مع قبض) هكذا وقع التقييد بالقبض في الهداية.

ولقائل أن يقول: لا يشترط القبض لأن الهبة تقطع الخصومة، لأنه ما كان يجب ليخاصم فليتأمل. شرنبلالية.

قلت: وهو بحث مخالف للمنقول مع أنه غير معقول فهو غير مقبول، وذلك أن الخصومة قد وجدت، لأن الكلام فيما بعد القضاء بالقطع، لكنهم عدوا ملك المسروق بعد القضاء شبهة، والهبة بدون قبض لا تفيد الملك فلم توجد الشبهة، ولم يقل أحد باشتراط خصومة أخرى بعد القضاء بالقطع، بل طلبه القطع غير شرط على الظاهر كما مر؛ نعم يشترط حضوره عند القطع كما تقدم، فافهم. قوله: (أو ادعى أنه ملكه) أي بعد ما ثبتت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار. بحر. قوله: (للشبهة) هي احتمال صدقه ولذا صح رجوعه بعد الإقرار. قوله: (أو نقصت قيمته) أي بعد القضاء، لأن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا. قوله: (بنقصان السعر) أي لا بنقصان العين، لأن العين لو نقصت فإنه يقطع لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عيناً وديناً، كما إذا استهلكه كله، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا. بحر. والمراد بنقصان العين فوات بعضها أو حدوث عيب فيها، كما قدمناه أول كتاب السرقة. قوله: (في بلد الخصومة) أي وإن كان في البلد التي سرق فيها لم ينقص لما قدمه أول السرقة من أن المعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه. قوله: (أقرا بسرقة نصاب) أي أقرّ اثنان أنهما سرقا نصاباً: أي جنسه، إذ لا بد أن يصيب كلاً منهما نصاب كما تقدمه المصنف. قوله: (لم يقطعا) أي المدعي والآخر لأنها سرقة واحدة فلا تكون موجبة

بإقرارهما، لأنه لو أقر أنه سرق وفلان فأنكر فلان قطع المقر كقوله سرقت أنا وفلان.

(ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد) أي شهد اثنان **(على سرقتهما قطع الحاضر)** لأن شبهة الشبهة لا تعتبر.

(ولو أقر عبد) مكلف **(بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه)** لو قائمة **(كما لو قامت عليه بينة بذلك)** لكن **(بشرط حضرة مولاه عند إقامتها)** خلافاً للثاني، لا عند إقراره بعد العتق.

(ولا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) هذا لفظ الحديث، درر وغيرها، ورواه الكمال بعد قطع يمينه **(وترد العين لو قائمة)** ولو باعها أو وهبها

للقطع غير موجبة. قوله: **(قطع المقر)** أي وحده، لأن إقراره على غيره لم يصح بتكذيبه فلم توجد الشركة في السرقة. قوله: **(لأن شبهة الشبهة لا تعتبر)** قال الزيلعي: وكان أبو حنيفة أولاً يقول: لا يجب عليه القطع لأن الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره، ثم رجع وقال: يقطع لأن سرقة الحاضر ثبتت بالحجة فلا يعتبر الموهوم، لأنه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر. هـ ح. قوله: **(ولو أقر عبد مكلف الخ)** أما لو كان صغيراً لم يقطع، ويرد المال لو قائماً وكان مأذوناً، وإن هالكاً يضمن، وإن كان محجوراً وصدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه لو قائماً، ولو هالكاً فلا ضمان ولا بعد العتق. بحر. قوله: **(قطع)** لأن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص صحيح من حيث إنه آدمي لأنه لا تهمة فيه، وإذا صح بالقطع صح بالمال بناء عليه، ولا فرق بين كون العبد مأذوناً أو لا، صدقه المولى أو لا، وتمامه في البحر. قوله: **(لو قائمة)** فلو مستهلكة فلا ضمان ويقطع اتفاقاً. بحر. قوله: **(كما لو قامت عليه بينة بذلك)** أي فإنه يقطع بالطريق الأولى ويرد المال إلى المسروق منه. بحر. قوله: **(ولا غرم على السارق)** التعبير بالغرم يفيد أن المسروق غير باق فلو قائماً يؤمر بالرد، فقول المصنف بعد وترد العين تصريح بمفهوم قوله: ولا غرم ط. قوله: **(وغيرها)** كالهداية. قوله: **(ورواه الكمال بعد قطع يمينه)** عزاه إلى الدارقطني، لكن عزاه العلامة نوح إلى الدارقطني كلفظ المتن، والهمام وحده ذكر لفظ مصدره، وأعل الحديث بالإرسال وبجهالة بعض رواته، وجوابه مبسوط في الفتح وحاشية نوح على الدرر، واستدلوا بعد الحديث بالمعقول أيضاً. قال في الفتح: ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فتبين أنه أخذ ملكه فلا يقطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعاً فما يؤدي إلى انتفائه فهو

لبقائها على ملك مالكها (ولا فرق) في عدم الضمان (بين هلاك العين واستهلاكها في الظاهر) من الرواية، لكنه يفتي بأداء قيمتها ديانة، وسواء كان الاستهلاك (قبل القطع أو بعده) مجتبى. وفيه: لو استهلكه المشتري منه أو الموهوب له فللمالك تضمينه

الضمان فهو المنتفي. قوله: (لبقائها على ملك مالكها) ولذا قال في الإيضاح: قال أبو حنيفة: لا يحل للسارق الانتفاع بها بوجه من الوجوه، وكذا لو خاطها قميصاً لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور، وقد تعذر إيجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئاً من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة، وكالباغي إذا أتلف مال العادل ثم تاب. فتح. قوله: (في الظاهر من الرواية) وفي رواية الحسن: لا يظهر سقوط العصمة في حق الاستهلاك. قوله: (لكنه يفتى الخ) قال في الفتح: وفي المبسوط: روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة، فأما ديانة فيفتى بالضمان للحقوق والخسران والنقصان للمالك من جهة السارق. قوله: (قبل القطع) يعني ثم قطع، لأن انتفاء الضمان إنما هو بسبب القطع كما علمت، وقدم الشارح أيضاً أن سقوط التقوم ضرورة القطع. قوله. (أو بعده) لكن يفرق بينهما بما في الكافي لو كان قبل القطع، فإن قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا. وإن قال أنا أختار القطع يقطع ولا يضمن اهـ. قال في البحر: لأنه في الأولى تضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال. قوله: (فللمالك تضمينه) أي تضمين المشتري أو الموهوب له ثم يرجع المشتري على السارق بالثمن لا بالقيمة. تاترخانية عن المحيط. وفيها عن شرح الطحاوي: لو قطع ثم استهلكه غيره كان للمسروق منه أن يضمنه قيمته اهـ. ومثله في النهر عن السراج. وظاهره أن غير المشتري والموهوب له مثلهما، لكن ذكر في التاترخانية أيضاً: لو أودعه عند غيره فهلك فالأصل فيه أن كل موضع لو ضمنه المالك له أن يرجع على السارق فليس له أن يضمنه، وفي كل موضع لو ضمنه لا يرجع على السارق فله أن يضمنه، والذي يرجع عليه المودع والمستأجر والمرتهن اهـ.

قلت: ووجهه ظاهر، لأن ما يثبت فيه الرجوع على السارق يلزم منه أن يكون مضموناً على السارق بعد القطع مع أنه غير مضمون عليه، بخلاف ما لا رجوع فيه عليه، لكن هذا التفصيل ظاهر في الهلاك، ولذا فرض المسألة فيما لو أودعه فهلك، بخلاف الاستهلاك فإن المستهلك متعد فلا رجوع له على السارق أصلاً بلا فرق بين كونه مشترياً أو مودعاً أو مستأجراً؛ نعم للمشتري الرجوع بالثمن على السارق لأنه لما استهلكه وضمن قيمته ملكه من وقت الاستهلاك فيرجع على السارق بما دفعه إليه من

(**ولو قطع لبعض السرقات لم يضمن شيئاً**) وقالا: يضمن ما لم يقطع فيه.

(**سرق ثوباً فشقه نصفين ثم أخرجه: قطع إن بلغت قيمته نصاباً بعد شقه ما لم يكن إتلافاً**) بأن ينقص أكثر من نصف القيمة فله تضمين القيمة فيملكه مستنداً إلى وقت الأخذ، فلا قطع. زيلعي. وهل يضمن نقصان الشق مع القطع؟ صحح الخبازي لا. وقال الكمال: الحق نعم؛ ومتى اختار تضمين القيمة يسقط القطع لما مر.

(**ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا**) لما مر أنه لا قطع في اللحم (**وإن بلغ لحمها نصاباً**) بل يضمن قيمتها.

بالثمن لا بالقيمة، لظهور أن ما دفعه إليه لا يملك قبضه فيرجع به لا بما سمى. فاغتنم تحرير هذا المحل فإنه من فيض المولى عز وجل. قوله: (**ولو قطع الخ**) أي لو سرق سرقات فقطع في أحدها بخصومة صاحبها وحده فهو: أي ذلك القطع بجميعها، ولا يضمن شيئاً لأرباب تلك السرقات عنده. وقالا: يضمن كلها إلا التي قطع فيها. فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً من السرقات بالاتفاق. فتح. قوله: (**ثم أخرجه**) فلو شقه بعد الإخراج قطع اتفاقاً. نهر. وهو مفهوم بالأولى. قوله: (**قطع**) أي عندهما خلافاً لأبي يوسف. ومحل الخلاف ما إذا شقه فاحشاً وهو ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة على الأصح، واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب فيقطع عندهما خلافاً له. أما إذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب فلا قطع اتفاقاً. أما اليسير وهو ما يتعيب به فقط فيقطع فيه اتفاقاً. نهر. قوله: (**فله تضمين القيمة**) أي من غير خيار. بحر: أي ليس له تضمين النقصان والقطع. قوله: (**فيملكه**) أي السارق، فصار كما إذا ملكه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم. فتح. قوله: (**وهل يضمن الخ**) أي فيما إذا شقه نصفين ولم يكن إتلافاً. ح. قوله: (**صحح الخبازي لا**) أي لا يضمن كيلا يجتمع القطع مع الضمان. قوله: (**وقال الكمال الحق نعم**) حيث قال: والحق ما ذكر في عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان، إلى أن قال: ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع، لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج، والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب. قوله: (**ومتى اختار تضمين القيمة**) أي فيما إذا كان الشق فاحشاً، إذ لو كان يسيراً يقطع بالاتفاق كما قدمناه. قال في الهداية: إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة. قوله: (**لما مر**) أي قريباً من أنه يملكه مستنداً إلى وقت الأخذ. قوله: (**فذبحها فأخرجها**) قيد بالإخراج بعد الذبح، لأنه لو أخرجها حية وقيمتها عشرة

(ولو فعل ما سرق من الحجرين وهو قدر نصاب) وقت الأخذ (دراهم أو دنانير) أو آنية (قطع وردت) وقالا: لا ترد لتقوم الصنعة عندهما خلافاً له. وأما نحو النحاس لو جعله أواني، فإن كان يباع وزناً فكذلك، وإن عدداً فهي للسارق اتفاقاً. اختيار.

(ولو صبغه أحمر أو طحن الحنطة) أو لت السويق (فقطع لا رد ولا ضمان) وكذا لو صبغه بعد القطع. بحر. خلافاً لما في الاختيار (ولو) صبغه (أسود رده)

ثم ذبحها يقطع وإن نقصت قيمتها بالذبح. ط عن الحموي. قوله: (من الحجرين) أي الذهب والفضة. قوله: (دراهم) مفعول ثان لفعل. قوله: (لتقوم الصنعة عندهما خلافاً له) وأصل الخلاف في الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا، بناء على أنها متقومة أم لا، ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لأنه لم يملكها على قوله. وأما على قولهما فقيل لا يجب القطع لأنه ملكها قبله. وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه، وعلى هذا الخلاف إذا اتخذه حلياً أو آنية. زيلعي. قوله: (فهي للسارق اتفاقاً) لأن هذه الصنعة بدلت العين والاسم بدليل أنه تغير بها حكم الربا حيث خرجت عن كونها موزونة، بخلاف مسألة الذهب والفضة لبقاء الاسم مع بقاء العين كما كانت حكماً، حتى لا يصح بيع آنية فضة وزنها عشرة بأحد عشر، كذا يفاد من الفتح. قوله: (فقطع) إنما قطع باعتبار سرقة الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما، والمملوك للسارق إنما هو المصبوغ، وكذا يقطع بالحنطة وإن ملك الدقيق. بحر. قوله: (لا رد) أي حال قيامه ولا ضمان. أي حال استهلاكه، وهذا عندهما. وقال محمد: يرد الثوب ويأخذ ما زاد الصبغ، لأن عين ماله قائم من كل وجه. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، بدليل أن المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ، وحق المالك قائم صورة لا معنى بدليل أنه غير مضمون على السارق. نهر. قوله: (خلافاً لما في الاختيار) أي من أنه لو صبغه بعد القطع يرده، وهو مخالف لقول الهداية: فإن سرق ثوباً فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه، ولقول محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر لم يؤخذ منه، فإنه دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده. زيلعي. وتبعه في البحر والنهر.

قلت: لكن قول محمد: وقد صبغه، جملة حالية، فمن أين يفيد كون الصبغ بعد القطع. ثم رأيت سعد جلبي اعترض الزيلعي بأن عبارة الهداية ليست كما نقله. اهـ.

قلت: لأن عبارة الهداية هكذا: «فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر ثم قطع» الخ، فعبارة الهداية مساوية لعبارة المصنف، والكنز. وقد ذكر الزيلعي أن ما في الكنز ذكر مثله في المحيط والكافي، ولا يخفى أن هذه العبارة تؤيد ما في الاختيار ولم يبق لدعوى

لأن السواد نقصان، خلافاً للثاني وهو اختلاف زمان لا برهان.

(سرق في ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه) إذ لا ولاية له على من ليس تحت يده؛ فليحفظ هذا الأصل.

(إذا كان للسارق كفان في معصم واحد) قيل يقطعان، وقيل (إن تميزت الأصلية وأمكن الاقتصار على قطعها لم يقطع الزائد) لأنه غير مستحق للقطع (وإلا) تكن متميزة (قطعاً هو المختار) لأنه لا يتمكن من إقامة الواجب إلا بذلك. سراج. والله تعالى أعلم.

باب (قطع الطريق) وهو السرقة الكبرى

(من قصده) ولو في المصر ليلاً، به يفتى

للزيلعي دليل، فالاعتماد على ما قالوه لا على ما قاله؛ فتنبه. قوله: (خلافاً للثاني) لأن السواد زيادة عنده كالحمرة. وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة، ولكنه لا يقطع حق المالك. وعند أبي حنيفة: السواد نقصان ولا يوجب انقطاع حق المالك، هداية. قوله: (وهو اختلاف زمان الخ) فإن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما. فتح. قوله: (سرق في ولاية سلطان الخ) ذكره مع تعليله في الدرر. وقال في الشرنبلالية: ذكره في الفيض. وفي مختصر الظهيرية معزواً إلى الإمام الأجل الشهيد. قوله: (إذ لا ولاية له الخ) أي في وقت السرقة، إذ لا شك أنهما في وقت الدعوى تحت يده، وهل كذلك بقية الحدود والقصاص أم لا؟ لم أره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب قطع الطريق

أي قطع المارة عن الطريق فهو من الحذف والإيصال، أو المراد بالطريق المارة من إطلاق المحل على الحال أو الإضافة على معنى في؛ أي قطع في الطريق: أي منع الناس المرور فيه، أخره عن السرقة لأنه ليس سرقة مطلقة، لأن المتبادر منها الأخذ خفية عن الناس، وأطلق عليها اسمها مجازاً لضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبهم لحفظ الطريق، ولذا لا يطلق عليه اسمها إلا مقيدة بالكبرى، ولزوم التقييد من علامات المجاز كما في الفتح، وسميت كبرى لعظم ضررها لكونه على عامة المسلمين أو لعظم جزائها. قوله: (من قصده) أي قصد قطع الطريق، وعبر بـ«من» ليفيد أنه لا يشترط كون القاطع جماعة فيشمل ما إذا كان واحداً له منعة بقوته ونجدته، كما في القهستاني والفتح، وشمل العبد، وكذا المرأة في ظاهر الرواية إلا أنها لا تصلب كما سيأتي. قوله: (ولو في المصر ليلاً) أي بسلاح أو بدونه وكذا نهاراً لو بسلاح كما سيأتي، هذه هي رواية عن أبي يوسف أفتى بها المشايخ دفعاً لشر المتغلبة

(وهو معصوم على) شخص (معصوم) ولو ذمياً، فلو على المستأمنين فلا حد (فأخذ قبل أخذ شيء وقتل) نفس (حبس) وهو المراد بالنفي في الآية.

المفسدين، كما في القهستاني عن الاختيار وغيره، ومثله في البحر. أما ظاهر الرواية فلا بد أن يكون في صحراء دارنا على مسافة السفر فصاعداً دون القرى والأمصار ولا ما بينهما، كما في القهستاني.

وفي كافي الحاكم: وإن قطعوا الطريق في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الإسلام في موضع غلب عسكر الخوارج ثم أتى بهم الإمام لم يمض الحدود عليهم. قوله: (وهو معصوم) أي بالعصمة المؤبدة وهو المسلم أو الذمي. قهستاني. والعصمة: الحفظ، والمراد عصمة دمه وماله بالإسلام أو عقد الذمة. وفي حاشية السيد أبي السعود: مفاده لو قطع الطريق مستأمن لا يحد، وبه صرح في شرح النقاية معللاً بأنه لا يخاطب بالشرائع. وحكى في المحيط اختلاف المشايخ فيه. قوله: (فلو على المستأمنين فلا حد) لكن يلزمه التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاره ذمة المسلمين. فتح. قال في الشرنبلالية. ويضمن المال لثبوت عصمة مال المستأمن حالاً وإن لم يكن على التأبيد، وعلل عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما إذا كان منفرداً، أما إذا كان مع القافلة فإنه يحد ولا يصير شبهة، بخلاف اختلاط ذي الرحم بالقافلة، كما في الفتح اهـ.

قلت: لكن لو لم يقع القتل والأخذ إلا في المستأمن فلا حد، كما في الفتح أيضاً.

تنبيه. قد علم من شروط قطع الطريق كونه ممن له قوة ومنعة، وكونه في دار العدل، ولو في المصر ولو نهاراً إن كان بسلاح، وكون كل من القاطع والمقطوع عليه معصوماً، ومنها كما يعلم مما يأتي كون القطاع كلهم أجانب لأصحاب الأموال، وكونهم عقلاء بالغين ناطقين؛ وأن يصيب كلاً منهم نصاب تام من المال المأخوذ، وأن يؤخذوا قبل التوبة.

ثم اعلم أن القطع يثبت بالإقرار مرة واحدة. وعند أبي يوسف بمرتين، ويسقط الحد برجوعه لكن يؤخذ بالمال إن أقر به بثبت بشهادة اثنين بمعاينته أو بالإقرار به، فلو لأحدهما بالمعاينة والآخر بالإقرار لا تقبل، ولو قالا: قطعوا علينا وعلى أصحابنا، لاتقبل لأنهما شهدا لأنفسهما، ولو شهدا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أو لا يعرف إلا بمحضر من الخصم، وتمامه في الفتح آخر الباب. قوله: (حبس) وما في الخانية من أنه يعزر ويخلى سبيله، خلاف المشهور، فتح. وأفاد أيضاً أن الحبس في بلده لا في غيرها خلافاً لمالك. قوله: (وهو المراد بالنفي في الآية) لأن

وظاهر أن المراد توزيع الأجزية على الأحوال كما تقرر في الأصول (بعد التعزير) لمباشرة منكر التخويف (حتى يتوب) لا بالقول بل بظهور سيما الصلحاء (أو يموت، وإن أخذ مالاً معصوماً) بأن يكون لمسلم أو ذمي كما مر (وأصاب منه كلاً نصاب: قطع يده ورجله من خلاف إن كان صحيح الأطراف) لئلا يفوت نفعه وهذه حالة ثانية.

النفي من جميع الأرض محال وإلى بلد أخرى فيه إيذاء أهلها فلم يبق إلا الحبس، والمحبوس يسمى منفياً من الأرض؛ لأنه لا ينتفع بطيبات الدنيا ولذاتها، ولا يجتمع بأقاربه وأحبابه. قال في الفتح: قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر: [الطويل]

خَرَجْنَا مِنَ الدُّنْيَا وَنَحْنُ مِنْ أَهْلِهَا ... فَلَسْنَا مِنَ الأَحْيَاءِ(1) فِيهَا وَلَا المَوْتَى

إِذَا جَاءَنَا السَّجَّانُ يَوْماً لِحَاجَةٍ ... عَجِبْنَا وَقُلْنَا جَاءَ هَذَا مِنَ الدُّنْيَا

قوله: (وظاهر أن المراد الخ) أي وليس المراد ما قاله بعض السلف أن الإمام مخير في هذه الأجزية الأربعة، إذ من المقطوع به أنها أجزية على جناية القطع المتفاوتة خفة وغلظاً، ولا يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة، وعلى أخفها أغلظ الأجزية، لأنه مما يدفعه قواعد الشرع والعقل، فوجب القول بالتوزيع على أحوال الجنايات لأنها مقابلة بها فاقتضت الانقسام. فتقدير الآية أن يقتلوا: إن قتلوا، أو يصلبوا: إن قتلوا وأخذوا المال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف: إن أخذوا المال، أو ينفوا: إن أخافوا، وتمامه في الفتح والزيلعي. قوله: (بعد التعزير) أي بالضرب، وإلا فالحبس تعزير أيضاً كما مر في بابه. قوله: (أو يموت) عطف على يتوب. قوله: (وإن أخذ) أي القاطع أي جنسه الصادق بالواحد والأكثر. قوله: (وأصاب منه كلاً نصاب) أي أصاب كل واحد منهم نصاب السرقة الصغرى. قوله: (إن كان صحيح الأطراف) حتى لو كانت يسراه شلاء لم تقطع يمينه، وكذا لو كانت رجله اليسرى، ولو كان مقطوع اليمنى لم يقطع له يد، وكذا الرجل اليسرى. نهر. ومفهومه أنه لو كانت يده اليمنى شلاء أو رجله اليسرى أو كلاهما قطع كما سبق في السرقة الصغرى من أن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز، فالمراد بقوله: إن كان صحيح الأطراف، غير المستحقة للقطع أو الجمع لما فوق الواحد، أو يراد بالصحيح ما يقابل المقطوع دون الأشل. أفاده السيد أبو السعود. قوله: (لئلا يفوت نفعه) علة لقوله: إن

---

(1) في ط (قوله فلسنا من الأحيا الخ) أنشده الزيلعي بلفظ: فلسنا من الأموات فيها ولا الأحياء، وهذا أحسن، وأنشد بعضهم: فلسنا من الموتى ولا الأحياء، ولا يخفى أنه غير موزون.

(وإن قتل) معصوماً (ولم يأخذ) مالاً (قتل) وهذه حالة ثالثة (حداً) لا قصاصاً (فـ) لذا (لا يعفوه ولي، ولا يشترط أن يكون) القتل (موجباً للقصاص) لوجوبه جزاء لمحاربته لله تعالى بمخالفة أمره وبهذا الحل يستغني عن تقدير مضاف، كما لا يخفى.

(و) الحالة الرابعة: (إن قتل وأخذ) المال خير الإمام بين ستة أحوال: إن شاء (قطع) من خلاف (ثم قتل، أو) قطع ثم (صلب) أو فعل الثلاثة (أو قتل) وصلب، أو قتل فقط (وصلب فقط) كذا فصله الزيلعي ويصلب (حياً)

خلافه ط. قوله: (فلذا لا يعفوه ولي) أي لكونه حداً خالص حق الله تعالى لا يسع فيه عفو غيره، فمن عفا عنه عصى الله تعالى. فتح. قال: وفي فتاوى قاضيخان: وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصاً، وهذا يخالف ما ذكرناه، إلا أن يكون معناه: إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل، فإنا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصاً، خلافاً لعيسى بن أبان اهـ. والمراد بما سيذكره ما يأتي أنه من الغرائب.

قلت: لكن ما أوّل به عبارة الخانية بعيد، والأقرب تأويلها بأن المراد بقوله ولم يأخذ المال: أي النصاب، بل أخذ ما دونه وتصير المسألة حينئذ عين المسألة الآتي أنها من الغرائب. قوله: (ولا يشترط الخ) أي فيقتل القاتل والمعين، سواء قتل بسيف أو حجر أو عصا كما يأتي. قوله: (وبهذا الحل) هو قوله: لمخالفة أمره ح. قوله: (عن تقدير مضاف) أي في قوله تعالى: ﴿يحاربون الله﴾ وتقدير المضاف: أولياء الله اهـ ح.

قلت: والأحسن عباد الله ليشمل الذمي، كما نبه عليه في الفتح.

والحاصل أنه لما كان المخالفة والعصيان سبباً للمحاربة أطلقت المحاربة عليهما من إطلاق المسبب على السبب. قوله: (خير الإمام بين ستة أحوال) ترك السابع من الأقسام العقلية وهو ما إذا اقتصر على القطع، لأنه لا يجوز اهـ ح.

أقول: الأقسام العقلية عشرة: لأنه إما أن يقتصر على القطع، أو القتل أو الصلب، أو يفعل الثلاثة فهذه أربعة، أو يفعل اثنين منها القطع ثم القتل، أو عكسه والقطع، ثم الصلب أو عكسه، والقتل ثم الصلب أو عكسه، فهذه ستة مع الأربعة عشرة، لكن القطع بعد القتل غير متصور، كالزاني إذا مات في أثناء الجلد كما في الزيلعي، ومثله القطع بعد الصلب. قوله: (إن شاء قطع من خلاف ثم قتل) أي بلا صلب خلافاً لمحمد أنه لا يقطع، ولما عن أبي يوسف أنه لا يترك الصلب. قوله: (ويصلب حياً) أي فيما إذا اختار الإمام صلبه أو فيما إذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف، كذا في الفتح. أما فيما إذا اختار الجمع بين القتل والصلب، فلا بد أن يكون القتل سابقاً، وإلا

في الأصح، وكيفيته في الجوهرة (ويبعج) بطنه (برمح) تشهيراً له ويخضخضه به (حتى يموت ويترك ثلاثة أيام) من موته، ثم يخلي بينه وبين أهله ليدفنوه و (لا أكثر منها) على الظاهر، وعن الثاني يترك حتى يتقطع (وبعد إقامة الحد عليه لا يضمن ما فعل) من أخذ مال وقتل وجرح. زيلعي (وتجري الأحكام) المذكورة (على الكل بمباشرة بعضهم) الأخذ والقتل والإخافة (وحجر وعصا) لهم، كسيف

(و) الحالة الخامسة: (إن انضم إلى الجرح أخذ قطع) من خلاف (وهدر جرحه) لعدم اجتماع قطع وضمان (وإن جرح فقط) أي لم يقتل ولم يأخذ نصاباً،

لم يبق فرق بين الجمع والاقتصار على الصلب. قوله: (في الأصح) وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة، ويأتي جوابه قريباً. قوله: (وكيفيته في الجوهرة) وهي أن تغرز خشبة في الأرض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضاً فيضع قدميه عليها ويربط من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه. قوله: (ويبعج بطنه برمح) كذا في الهداية وغيرها. وفي الجوهرة: ثم يطعن بالرمح ثديه الأيسر ويخضخض بطنه إلى أن يموت. وفي الاختيار: تحت ثديه الأيسر، ولا يرد أن في الصلب مثلة، وهي منسوخة منهيّ عنها لأن الطعن بالرمح معتاد، فلا مثلة فيه، ولو سلم فالصلب مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعاً. أفاده في الفتح. وفيه أيضاً: ولا يصلى على قاطع الطريق كما علم من باب الشهيد. قوله: (على الظاهر) أي ظاهر الرواية لئلا يتأذى الناس برائحته. قوله: (من أخذ مال) أي إن كان هالكاً كما يفيده قوله: لا يضمن، وذلك لسقوط عصمته بالقطع كما مر في السرقة الصغرى؛ أما لو كان المال قائماً يرده إلى مالكه كما في الملتقى. قوله: (وتجري الأحكام المذكورة) من حبس وتعزير، أو قطع فقط، أو تخيير. ط. قوله: (بمباشرة بعضهم) لأنه جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض. هداية. قوله: (وحجر) مبتدأ خبره كسيف. قوله: (لهم) أي لقطاع الطريق احترازاً عن غيرهم، فإنه لا يقتل بالقتل بحجر وعصا، لكن القتل هنا ليس بطريق القصاص بل هو حد، وعن هذا قال في النهر: إن هذه الجملة كالتي قبلها معلومة من قوله قتل حداً، إلا أنه أراد زيادة الإيضاح. قوله: (إن انضم إلى الجرح أخذ) لم يتقدم للجرح ذكر، فالأولى تعبير الكنز وغيره بقوله: وإن أخذ مالاً وجرح قطع الخ. قوله: (وإن جرح فقط) جواب الشرط قوله الآتي فلا حد كما سينبه عليه الشارح، وهذا شروع في ست مسائل لا حد فيها، وحيث سقط الحد يؤاخذ بحقوق العباد من قصاص أو مال، كما يأتي. قوله: (ولم يأخذ نصاباً) أي بأن لم يأخذ شيئاً أصلاً، أو أخذ ما

قال الزيلعي: ولو كان مع هذا الأخذ قتل فلا حد أيضاً، لأن المقصود هنا المال، وهي من الغرائب (أو قتل عمداً) وأخذ المال (فتاب) قبل مسكه، ومن تمام توبته رد المال ولو لم يرده قيل لا حد (أو كان منهم غير مكلف)

دون النصاب، لأنه لما كان الأخذ الموجب للحد هو النصاب كان ما دونه بمنزلة العدم كما في البحر، وتقدم أن الشرط أن يصيب كل واحد نصاب: أي إذا كانوا جماعة، ومثل ما دون النصاب الأشياء التي لا قطع فيها كالتافه، وما يتسارع إليه الفساد، كما نبه عليه الزيلعي. قوله: (ولو كان) مع هذا الأخذ أي أخذ ما دون النصاب المفهوم من قوله «ولم يأخذ نصاباً» فافهم. قوله: (لأن المقصود هنا المال) أي أنه المقصود في قطع الطريق، وهذا جواب عن طعن عيسى بن أبان في المسألة أن القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة؟ قال الزيلعي: وجوابه أن قصدهم المال غالباً فينظر إليه لا غير بخلاف ما إذا اقتصروا على القتل، لأنه تبين أن مقصدهم القتل دون المال فيحدون، فعدت هذه من الغرائب اهـ.

قلت: وبيانه أن قطع الطريق سمي سرقة كبرى، لأن مقصود القطاع غالباً أخذ المال، وأما القتل فإنما هو وسيلة إلى أخذ المال، لكن إذا أخافوا فقط أو قتلوا فقط رتب عليه الشرع حداً فيجب لأنه تبين أنه المقصود دون المال. أما لو وجد مع ذلك أخذ مال ظهر أن مقصودهم ما هو المقصود الأصل وهو المال فحينئذ ينظر إليه: فإن بلغ نصاباً لكل منهم وجب الحد لوجود شرطه، وإلا فلا حد لعدمه، وحيث لا حد وجب موجب القتل من قصاص أو دية ووجب ضمان المال، فافهم. قوله: (أو قتل عمداً) قيد بالقتل ليعلم حكم أخذ المال بالأولى. بحر. قوله: (ومن تمام توبته رد المال الخ) أي لينقطع به خصومة صاحبه، ولو تاب ولم يرده لم يذكره في الكتاب. واختلفوا فيه: فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود، وقيل يسقط، أشار إليه محمد في الأصل، لأن التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص، فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص. فتح. وظاهره ترجيح القول الثاني، فقول الشارح: «فقيل لا حد» فيه نظر لأنه يفيد ضعفه. والظاهر أن هذا الخلاف عند عدم التقادم لما في النهر عن السراج: لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زماناً ثم قدر عليه درىء عنه الحد، لأنه لا يستوفي مع تقادم العهد اهـ. قال في النهر: وبه علم أن مجرد الترك ليس توبة بل لا بد أن تظهر عليه سيماها التي لا تخفى. قوله: (أو كان منهم غير مكلف) أي صبي أو مجنون لأنها جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطىء إذا اشتركا في القتل حيث لا يجب القود. وعن أبي يوسف:

أو أخرس (أو) كان (ذو رحم محرم من) أحد (المارة) أو شريك مفاوض (أو قطع بعض المارة على بعض أو قطع) شخص (الطريق ليلاً أو نهاراً في مصر أو بين مصرين) وعن الثاني إن قصده ليلاً مطلقاً أو نهاراً بسلاح فهو قاطع وعليه الفتوى. بحر ودرر، وأقره المصنف (فلا حد) جواب للمسائل الست (وللولي القود) في العمد (أو الأرش) في غيره (أو العفو) فيهما. (العبد في حكم قطع الطريق كغيره، وكذا المرأة في ظاهر الرواية) فتح. لكنها لا تصلب: مجتبى. وفي

يحدّ الباقون لو باشر العقلاء. زيلعي. قوله: (أو أخرس) أي خلافاً لأبي يوسف. زيلعي. قوله: (أو كان ذو رحم محرم) «كان» تامة و «ذو» فاعل، والمراد به أحد القطاع، وقوله: «من أحد المارة» متعلق بمحرم، والعلة فيه كما فيما قبله، وشمل ما إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم أو لا، لكن لم يأخذوا إلا من ذي الرحم المحرم، وما إذا أخذوا منه أو من غيره فلا يحدون في الأصح، كما في النهر وغيره.

تنبيه: لو كان في القافلة مستأمن لا يمتنع الحد، مع أن القطع عليه وحده يمنعه كما قدمناه، والفرق كما في الفتح أن الامتناع في حق المستأمن إنما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه، أما هنا فهو لخلل في الحرز، والقافلة حرز واحد فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب. قوله: (أو شريك مفاوض) أي ولو كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون. فتح. ومقتضاه أن شريك العنان ليس كذلك، وينبغي أنه لو كان مال الشركة معه في القافلة أنهم لا يحدون لاختلال الحرز. تأمل. قوله: (أو قطع بعض المارة) أي القافلة وبه عبر في الكنز وهو أظهر، وإنما لم يقطع لأن الحرز واحد وهو القافلة، فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة. فتح. قوله: (وأقره المصنف) وكذا في الزيلعي والقهستاني عن الاختيار والفتح عن شرح الطحاوي. قوله: (وللولي القود الخ) أي في المسائل المذكورة. وحاصله أنه إذا لم يجب الحد لم يصيروا قطاعاً فيضمنون ما فعلوا من قتل عمد أو شبهة عمد أو خطإ أو جراحة، وردّ المال لو قائماً، وقيمته لو هالكاً أو مستهلكاً، فتقييده بالقود يعلم منه حكم المال بالأولى، أو يراد بالأرش ما يشمل ضمان المال، والمراد بالولي من له ولاية المطالبة فيشمل صاحب المال ويشمل المجروح أيضاً في أولى المسائل المذكورة. وبه اندفع اعتراض البحر على الهداية بأن ذلك للمجروح لا لوليه، لأنه إن أفضى الجرح إلى القتل ينبغي أن يجب الحد اهـ: أي لو مات بالجراحة يرجع إلى الحالة الثالثة، وهي ما لو قتل فقط فينبغي أن يحد، فلا يكون لوليه القود. قوله: (في ظاهر الرواية) كذا نص عليه في المبسوط وهو اختيار الطحاوي خلافاً للكرخي من أن المرأة كالصبي، وهو ضعيف

السراجية والدرر: فيهم امرأة فباشرت الأخذ والقتل: قتل الرجال دونها هو المختار. عشر نسوة قطعن وأخذن وقتلن: قتلن وضمن المال (ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقاتله عليه) لإطلاق الحديث «من قتل دون ماله فهو شهيد» فتح. (ومن تكرر الخنق) بكسر النون (منه في المصر) أي خنق مراراً ذكره، مسكين (قتل به) سياسة لسعيه في الأرض بالفساد، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل (وإلا) بأن خنق مرة (لا لأنه كالقتل بالمثقل) وفيه القود

الوجه، مع مصادمته لإطلاق القرآن، فالعجب ممن عدل عن ظاهر الرواية كصاحب الدرية والتجنيس والفتاوى الكبرى وغيرهم، وتمامه في الفتح. قوله: (هو المختار) قال في الشرنبلالية: هذا غير ظاهر الرواية. قوله: (قتلن) أي قصاصاً لا حداً بدليل قوله: «وضمن المال» وهذا بناء على أن المرأة لا تكون قاطعة طريق. قال في الشرنبلالية: هو كذلك مبني على خلاف ظاهر الرواية، كما في الفتح اهـ.

قلت: فكان ينبغي للشارح عدم ذكر هذين الفرعين لمخالفتهما لما مشى عليه المصنف من ظاهر الرواية. قوله: (ويجوز أن يقاتل دون ماله) أي تحت ماله أو فوقه أو قدامه أو وراءه، فإن لفظ دون يأتي لمعان المناسب منها ما ذكرته، وقال بعضهم: على ماله. قوله: (وإن لم يبلغ نصاباً) أي نصاب السرقة وهو عشرة دراهم كما في منية المفتي. وفي التجنيس. دخل اللص داراً وأخرج المتاع فله أن يقاتله ما دام المتاع معه لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتل دون مالك» فإن رمي به ليس له أن يقتله لأنه لا يتناوله الحديث. وفي البزازية وغيرها: رجل قتله رب الدار، فإن برهن أنه كابره فدمه هدر، وإلا فإن لم يكن المقتول معروفاً بالسرقة والشر قتل به قصاصاً، وإن كان متهما تجب الدية في ماله استحساناً، لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص لا في المال. وفي الفتح: أخذ اللصوص متاع قوم فاستغاثوا بقوم فخرجوا في طلبهم، فإن كان أرباب المتاع معهم أو غابوا لكن يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم: حل لهم قتال اللصوص، وإن كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد: لا يحل، وتمامه فيه. قوله: (بكسر النون) أي ككتف وتسكن للتخفيف، ومثله الحنف والحلف، ولعله من باب قتل. مصباح. قوله: (في المصر) وكذا في غيره كما في شرح الشمني عن الجامع الصغير، فهو قيد اتفاقي، بل غير المصر يعلم بالأولى، وإنما قيد به لئلا يتوهم أنه لا يكون كذلك في المصر كما في قطع الطريق. قوله: (أي خنق مراراً) أراد مرتين فصاعداً بقرينة قوله الآتي: «وإلا بأن خنق مرة» وفي البحر: قيد بتعدده لأنه لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الإمام. قوله: (سياسة) قدمنا الكلام عليها في حد الزنا. قوله: (وكل من كان كذلك) كاللوطي والساحر والعواني والزنديق والسارق كما قدمناه في

عند غير أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

أوائل باب التعزير. قوله: (عند غير أبي حنيفة) أي عند صاحبيه ومن وافقهما من باقي الأئمة، أما عند أبي حنيفة فتجب الدية على عاقلته كما في البحر، والله سبحانه أعلم.

بسم الله وبحمده، والصلاة والسلام على نبيه وعبده، وعلى آله وصحبه وجنده. وبعد: فيقول مؤلفه أفقر العباد إلى عفو مولاه يوم التناد، محمد أمين الشهير بابن عابدين، خادم العلوم الشرعية، في دمشق الشام المحمية قد تم تسويد هذا النصف المبارك، بعون الله جل وتبارك، من الحاشية المسماة رد المحتار، على الدر المختار في صفر الخير سنة ثمان وأربعين ومائتين وألف، من هجرة نبينا محمد الذي تم به الألف، صلى الله عليه وسلم وشرف وعظم، فجاء بحمد الله تعالى مكملاً فرعاً وأصلاً، رداً للمحتار على الدر المختار اسماً وفعلاً، لاشتماله على تنقيح عبارته، وتوضيح رموزه وإشاراته، والاعتناء ببيان ما هو الصحيح المعتمد وما هو معترض ومنتقد، وتحرير المسائل المشكلة، والحوادث المعضلة، التي لم يوضح كثيراً منها أحد قبل ذلك، ولا سلك مهامه بيانها سالك، مشحوناً بذخائر زبر المتقدمين، وخلاصة كتب المتأخرين، ورسائلهم المؤلفة في الحوادث الغريبة، الجامعة للفوائد العجيبة، كرسائل العلامة ابن نجيم الأربعين، ورسائل العلامة الشرنبلالي الستين، وكثير من رسائل العلامة علي القاري خاتمة الراسخين، ورسائل سيدي عبد الغني النابلسي الحبر المتين، ورسائل العلامة قاسم خاتمة المجتهدين، وحواشي البحر والمنح والأشباه وجامع الفصولين للفهامة الشيخ خير الدين، وفتاويه الخيرية، وفتاوى ابن الشلبي والرحيمي، والشيخ إسماعيل، والفتاوى الزينية والتمرتاشية، والحامدية، وفتاوى غيرهم من المفتين، وتحريرات شيوخنا ومشايخهم المعتبرين، وما من به الله تعالى على عبده من الرسائل التي ناهزت الثلاثين، وما حررته ونقحته في كتابي تنقيح الفتاوى الحامدية الذي هو بهجة الناظرين، وغير ذلك من كتب السادة الأخيار المعتمدين، مع بيان ما وقع من سهو أو غلط في كتب الفتاوى وكتب الشارحين، ولا سيما ما وقع في البحر والنهر والمنح والأشباه والدرر وكتب المحشين، حتى صار بحمد الله تعالى عمدة المذهب، والطراز المذهب، ومرجع القضاة والمفتين، كما يعلمه من غاص بأفكاره في تياره من العلماء العاملين، الخالين عن داء الحسد المعمي للمجتهدين للسابقين المنصفين. فدونك كتاباً قد أعملت فيه الفكر، وألزمت فيه الجفن والسهر، وعرمت فيه من فنون التحرير أفناناً، وفتقت فيه عن عيون المشكلات أجفاناً، وأودعت فيه من كنوز الفوائد، عقود الدرر الفرائد، وبسطت فيه من أنفع المقاصد، أحسن الموائد، وجلوت فيه على منصة الأنظار، عرائس أبكارها الأفكار، وكشفت فيه بتوضيح

. . . .

العبارات، قناع المخدرات، ولم أكتف بتلويح الإشارات، عن تنقيح كشف تحرير الخفيات، فهو يتيمة الدهر، وغنيمة أهل العصر، وما ذاك إلا بمحض إنعام المولى، الذي هو بكل حمد وشكر أحق وأولى، حيث أبرز هذه الجواهر المكنونة، والدرر الفرائد المصونة، في ميمون أيام خليفة الله في أرضه، القائم بواجب حقه وفرضه، رافع ألوية الشريعة البديعة ومؤيدها، وموطد أبنيتها المنيعة الرفيعة ومشيدها، المجاهد في سبيل الله حق جهاده، والقاطع لدابر الكافرين بجده واجتهاده، الذي ابتسمت ثغور البلاد ببارقات مرهفاته، وبكت عيون ذوي العناد بقاهرات عزماته، وأبدع نظام كتائب الجيوش بآرائه السديدة، ورفع أفئدة الأكاسرة القياصرة بقوة بطشه الشديدة، يكاد سنا برق طلعته يذهب بالأبصار، وغصن رأفته يميس ليناً كميس الأغصان ذات الأزهار، وتكاد صواعق سطوته تزيع صم الجبال، ومواكب كتائب حوزته تفني عدد الرمال، من أنام الأنام في أيامه في ظل الأمان، ورعى الرعية في مراعي الرعاية والإحسان، وأنار بنوار رياض أمنه بلاد المسلمين، فضاء فضاء صدورهم بنور اليقين، وأزاح غيوم غمومهم بردع المشركين، فلاح فلاح قلوبهم لأعين الناظرين، وراح وراح عقلائهم بإيقاظ النائمين، فصاح فصيح ألسنتهم بالدعاء له كل حين: [البسيط]

خَلِيفَةٌ غَلَبَتْ أَنْوَارُ غُرَّتِهِ ... شَمْسَ الضُّحَى وَنَدَاهُ يَخْلُفُ الدِّيَمَا

مَالَتْ نَوَاصِيهِ لِلْمُقْتَضِي نِعَمَا ... مَالَتْ نَوَاصِيهِ لِلْمُعْتَدِي نِقَمَا

السلطان الأعظم، والخاقان الأفخم، تاج ملوك العرب والعجم، ظل الله في أرضه للأمم، محمود الذات، ممدوح الصفات، لا زالت دعائم سلطنته قائمة، وعيون الحوادث عنها نائمة، ولا برحت رياض عزته مخضرة بديم الديمومة والأبود، ورياحين ذريته، ريانة بطلاوة التأبيد والخلود، ولا زالت أعيان دولته من علمائه وقضاته ووزرائه، يزيل نبراس آرائهم دجى الجور بسناه وسنائه، ولا فتئت نجوم جنوده الساطعة في أفلاك سمائه، شهباً ثواقب على مردة أعدائه، آمين آمين آمين.

وهذا، وقد نجز هذا السفر المسفر، عن روض أريض مزهر، مقابلة وتصحيحاً بحسب الإمكان، سوى ما شذ بعروض سهو أو نسيان: لا تخلو عنه جبلة الإنسان، وذلك برسم من أمر باستكتابه، رغبة في نيل رضا مولاه وثوابه الإمام الهمام، علي القدر والمقام، من امتطى الجوزاء بزمام، وصال في مواكب العز وحام، واشتهر اشتهار البدر في الظلام، قاضي قضاة الإسلام، منفذ القضايا والأحكام بالإتقان والإحكام، ذي الخيرات الحميدة، والمآثر الفريدة التي لا ترام، مولانا «عبد الحليم أفندي كمه جي زاده» القاضي سابقاً بدمشق الشام، دام في عز وإنعام، ومجد واحترام، بجاه من

كتاب الجهاد

هو للأنبياء ختام، وآله وصحبه السادة الكرام، عليه وعليهم الصلاة والسلام، في البدء والختام.

كتبه أسير وصمة ذنبه، الراجي عفو ربه محمد أمين الشهير بابن عابدين، غفر الله تعالى له ولوالديه ولكل المسلمين، آمين، آمين، آمين.

كتاب الجهاد[1]

هذا الكتاب يعبر عنه بالسير والجهاد والمغازي؛ فالسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير، فتكون لبيان هيئة السير وحالته، إلا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج، وقالوا: "السير الكبير" فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم صلاة الظهر. وسير الكبير خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير. بحر.

مطلب في فضل الجهاد[2]

قلت: "والسير الكبير" "والسير الصغير" كتابان للإمام محمد بن الحسن رحمه الله

---

(١) الجهاد لغة:

الجهاد: مصدر جاهد جهادًا ومجاهدة، وجاهد: فاعل، من جَهَدَ: إذا بالغ في قتل عدوّه، وغيره. ويقال: جَهَدَه المرض، وأجهده: إذا بلغ به المشقة، وجَهَدْتُ الفرس وأجهدته: إذا استخرجت جُهْدَه. نقلها أبو منصور. والجَهْد، بالفتح: المشقة، وبالضم: الطاقة. وقيل: يقال بالضم وبالفتح في كل واحد منهما فمادة (ج هـ د) حيث وجدت، ففيها معنى المبالغة.

انظر: لسان العرب: ١/٧١٠، المصباح المنير ١١٢، المعجم الوسيط ١/١٤٩.

واصطلاحًا:

عرفه الحنفية بأنه: بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك.

عرفه الشافعية بأنه: المتلقى تفسيره من سيرته ﷺ.

عرفه المالكية بأنه: قتال مسلم كافرًا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخول أرضه له.

عرفه الحنابلة بأنه: قتال الكفار خاصة بخلاف المسلمين من البغاة وقطاع الطريق وغيرهم.

انظر: بدائع الصنائع ٩/٤٢٩٩، حاشية أبي السعود ٢/٤٢٧، نهاية المحتاج ٨/٤٤، المغني على المنهاج ٤/٢٢٣، شرح الزرقاني ٣/١٠٦، كشاف القناع عن متن الإقناع ٣/٣٢.

(٢) الجهاد في سبيل الله من أفضل أعمال البر وأشرفها عند الله

والدفاع عن الدين والعرض والنفس والمال، والذود عن الجماعة الإسلامية وحماية الوطن من الغرف والدمار من أسمى المجالات التي حث الله عليها، وأي عمل أرفع قدرًا وأطيب ذكرًا وأعظم عند الله أجرًا وأعلى في الناس منزلة من رجل يجود بنفسه في سبيل الله وفي سبيل الذود عن كلمة الله ومرضاة الله؟.

دعا الله عباده إلى الجهاد في سبيله، وبين فضائله ومزاياه في آيات كثيرة من كتابه العزيز فقال تعالى شأنه:

﴿يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم * تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون. يغفر لكم ذنوبكم ويدخلكم جنات تجري من -

تعالى على صيغة جمع سيرة لا على صيغة المفرد. هذا وفضل الجهاد عظيم، كيف وحاصله بذل أعز المحبوبات وهو النفس، وإدخال أعظم المشقات عليه تقرباً بذلك إلى الله تعالى، وأشق منه قصر النفس على الطاعات على الدوام، ومجانبة هواها، ولذا قال ﷺ وقد رجع من غزاة «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر» ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَيُّ الأَعْمَالِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: الصَّلَاةُ عَلَى مِيقَاتِهَا. قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ؟ قَالَ: بِرُّ الوَالِدَيْنِ. قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ؟ قَالَ الجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَلَوِ اسْتَزَدْتُهُ لَزَادَنِي» رواه البخاري، وجعله تأخيره عن الإيمان في حديث أبي هريرة المتفق عليه قال: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيُّ العَمَلِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: إِيمَانٌ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ، قِيلَ ثُمَّ مَاذَا؟ قَالَ: الجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، قِيلَ ثُمَّ مَاذَا؟ قَالَ: حَجٌّ مَبْرُورٌ» ويجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان من عموم المجاز. ولا تردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة في أوقاتها أفضل من الجهاد، لأنها فرض عين وتتكرر، ولأن الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة، فكان حسناً لغيره، والصلاة حسنة لعينها وهي المقصودة منه، وتمام تحقيق ذلك ما ورد في فضل الجهاد المذكور في الفتح.

مَطْلَبٌ: المُوَاظَبَةُ عَلَى فَرَائِضِ الصَّلَاةِ فِي أَوْقَاتِهَا أَفْضَلُ مِنَ الجِهَادِ

قلت: وقد نص على ذلك الإمام السرخسي في شرح «السير الكبير» حيث قال

= الاستيلاء وإعلاء الكلمة والسلطان. فرحمة الإسلام ... وأن الإنسان لما لا يعمل عليه ويجد له ويسعه أن ينال ما لا ينال: ﴿واتل عليهم نبأ ابني آدم بالحق إذ قربا قرباناً فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر قال لأقتلنك قال إنما يتقبل الله من المتقين﴾.

ولقد جمعت الشريعة الإسلامية في حقيقة أرحم الشرائع، ونفسها [illegible] ومن الحكمة أن نترك الناس يقتل بعضهم بعضاً لأتفه الأسباب، ولأن نعمل على القلاع [illegible] ومن الحكمة فيما سلكته في هذا الشأن، وهو أنها أقرت أصل القتال تبعاً لنواحي الفطرة، ثم تناولته بالتهذيب، ووجهته الوجهة الصالحة للمجتمع الإنساني، فأخذت كل ما شرعته من أحكام، حصرته في دائرة هي أضيق الدوائر، وجعلت غايته هي أسمى الغايات، فحظرت قتال التشفي والهوى واستعباد النفوس والإذلال، وحصرته لإعلاء كلمة الله وإحراز دينه والدفاع عنه وقمع الكفر والشرك، وتمكين دين الله في أرضه، ودفع الظلم وخصومه، وإخلاء العالم من الشر وفساده، قال الله تعالى: ﴿ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين﴾ وقال تعالى: ﴿ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوي عزيز﴾.

لهذا شرع الله الجهاد على نحو مخصص من مشروعية القتال [illegible] للناس من عبادة الله وصلاح [illegible] من شر والفساد في الأرض أو تخفيفهما، وهذه هي أسمى مقاصد الدين والشرائع السماوية، فهنا نعمل [illegible] طريقة لها الفائدة [illegible] في حفظ العقل [illegible]، وإنما شرع الله القتال [illegible] النساء، [illegible] والأطفال، فإن الشر [illegible] في سبيل [illegible] ...

أورده بعد الحدود لاتحاد المقصود، ووجه الترقي غير خفي.

وهو لغة: مصدر جاهد في سبيل الله.

وشرعاً: الدعاء إلى الدين الحق وقتال من لم يقبله. شمني. وعرّفه ابن

عن أبي قتادة: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَامَ يَخْطُبُ النَّاسَ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ ذَكَرَ الجِهَادَ فَلَمْ يَدَعْ شَيْئاً أَفْضَلَ مِنَ الجِهَادِ إِلَّا الفَرَائِضَ» يريد به الفرائض التي ثبت فريضتها عيناً وهي الأركان الخمسة، لأن فرض العين آكد من فرض الكفاية، والثواب بحسب آكدية الفرضية، فلهذا استثنى الفرائض.

مَطْلَبٌ فِي تَكْفِيرِ الشَّهَادَةِ مَظَالِمَ العِبَادِ

ثم ذكر أحاديث في أن الشهيد تكفر خطاياه، إلا الدين. وقال: إذا كان محتسباً صابراً مقبلاً. قال وفيه بيان شدة الأمر في مظالم العباد. وقيل كان هذا في الابتداء حين نهى ﷺ عن الاستدانة لقلة ذات يدهم وعجزهم عن قضائه، ولهذا كان لا يصلي على مديون لم يخلف مالاً، ثم نسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فهو علي» وورد نظيره في الحج «أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَعَا لِأُمَّتِهِ بِعَرَفَاتٍ، فَاسْتُجِيبَ لَهُ إِلَّا المَظَالِمَ، ثُمَّ دَعَا بِالمَشْعَرِ الحَرَامِ فَاسْتُجِيبَ لَهُ حَتَّى المَظَالِمَ، فَنَزَلَ جِبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِخَبَرِهِ أَنَّهُ تَعَالَى يَقْضِي عَنْ بَعْضِهِمْ حَقَّ البَعْضِ» فلا يبعد مثل ذلك في حق الشهيد الصبور.

مَطْلَبٌ فِيمَنْ يُرِيدُ الجِهَادَ مَعَ الغَنِيمَةِ

ثم ذكر حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه «أن رجلاً سأل النبي ﷺ فقال: رجل يريد الجهاد في سبيل الله وهو يريد عرض الدنيا، فقال عليه الصلاة والسلام: لا أجر له» الحديث. قال: ثم تأويله من وجهين: أحدهما: أن يرى أنه يريد الجهاد ومراده في الحقيقة المال، فهذا كان حال المنافقين ولا أجر له، أو يكون معظم مقصوده المال، وفي مثله قال عليه الصلاة والسلام للذي استؤجر على الجهاد بدينارين: «إنما لك ديناراك في الدنيا والآخرة» وأما إذا كان معظم مقصوده الجهاد، ويرغب معه في الغنيمة فهو داخل في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] يعني التجارة في طريق الحج، فكما أنه لا يحرم ثواب الحج فكذا الجهاد. قوله: (لاتحاد المقصود) وهو إخلاء الأرض من الفساد. ح. قوله: (ووجه الترقي) أي من الحدود إلى الجهاد. قوله. (غير خفي) لأن الحدود إخلاء عن الفسق والجهاد إخلاء عن الكفر. ح. قوله: (مصدر جاهد) أي بذل وسعه وهذا عام يشمل المجاهد بكل أمر بمعروف، ونهي عن منكر. ح.

قلت: فلم يذكر الشارح معناه لغة بل بين تصريفه. قوله: (وقتال من لم يقبله) أي

الكمال بأنه بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة، أو معاونة بمال أو رأي، أو تكثير سواد، أو غير ذلك اهـ.

ومن توابعه: الرباط وهو الإقامة في مكان ليس وراءه إسلام، هو المختار وصح «أن صلاة المرابط بخمسمائة ودرهمه بسبعمائة، وإن مات فيه أجرى عليه

قتاله مباشرة أو لا، فتعريف ابن كمال تفصيل لإجمال هذا. ح. قوله: (في القتال) أي في أسبابه وأنواعه من ضرب وهدم وحرق وقطع أشجار ونحو ذلك. قوله: (أو معاونة الخ) أي وإن لم يخرج معهم بخليل المعطف. ط. قوله: (أو تكثير سواد) السواد العدد الكثير وسواد المسلمين جماعتهم. مصباح. قوله: (أو غير ذلك) كمداواة الجرحى وتهيئة المطاعم والمشارب. ط.

مَطْلَبٌ فِي الرِّبَاطِ وَفَضْلِهِ

قوله: (ومن توابعه الرباط الخ) قال السرخسي في شرح السير الكبير: والمرابطة المذكورة في الحديث: عبارة عن المقام في ثغر العدو لإعزاز الدين ودفع شر المشركين عن المسلمين، وأصل الكلمة من ربط الخيل، قال الله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠] والمسلم يربط خيله حيث يسكن من الثغر ليرهب العدوّ به، وكذلك يفعله عدوه ولهذا سمي مرابطة اهـ. واشترط الإمام مالك أن يكون غير الوطن، ونظر فيه الحافظ ابن حجر بأنه قد يكون وطنه وينوي بالإقامة فيه دفع العدو، ومن ثم اختار كثير من السلف سكنى الثغور. قوله: (هو المختار) لأن مأذونه لو كان رابطاً فكل المسلمين في بلادهم مرابطون. وتمامه في الفتح.

قلت: لكن لو كان الثغر المقابل للعدوّ لا تحصل به كفاية الدفع إلا بثغر وراءه فهما رباط كما لا يخفى. قوله: (وصح الخ) هذا لم يذكره في الفتح حديثاً واحداً، لأنه قال: والأحاديث في فضله كثيرة. منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول: «رِبَاطُ يَوْمٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنْ صِيَامِ شَهْرٍ وَقِيَامِهِ، وَإِنْ مَاتَ فِيهِ أُجْرِيَ عَلَيْهِ عَمَلُهُ الَّذِي كَانَ يَعْمَلُ وَأُجْرِيَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ وَأَمِنَ الفَتَّانَ»[1] زاد الطبراني «وَبُعِثَ يَوْمَ القِيَامَةِ شَهِيداً» وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع «مَنْ مَاتَ مُرَابِطاً أَمِنَ الفَزَعَ الأَكْبَرَ» ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة «وَبَعَثَهُ اللَّهُ يَوْمَ القِيَامَةِ آمِناً مِنَ الفَزَعِ»[2] وعن أبي أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال: «إِنَّ صَلَاةَ المُرَابِطِ تَعْدِلُ خَمْسَمِائَةِ صَلَاةٍ، وَنَفَقَةُ الدِّينَارِ وَالدِّرْهَمِ مِنْهُ أَفْضَلُ مِنْ سَبْعِمائَةِ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ فِي غَيْرِهِ» اهـ. قوله: (أجرى عليه عمله ورزقه) قال السرخسي وقوله:

(١) أخرجه مسلم ٣/١٥٢٠ (١٦٣/١٩١٣).

(٢) انظر الدر المنثور ٢/١١٥.

عمله ورزقه، وأمن الفتان، وبعث شهيداً آمناً من الفزع الأكبر؛ وتمامه في الفتح

«أجري عليه عمله» نص له عمله، وذلك في كتاب الله تعالى ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِن بَيْتِهِ مُهَاجِراً إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١٠٠] وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ مَاتَ فِي طَرِيقِ الحَجِّ كُتِبَ لَهُ حَجَّةٌ مَبْرُورَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ»[١] فهذا هو المراد أيضاً في كل من مات مرابطاً، فإنه يجعل بمنزلة المرابط إلى فناء الدنيا فيما يجري له من الثواب، لأن نيته استدامة الرباط لو بقي حياً إلى فناء الدنيا، والثواب بحسب النية اهـ.

قلت: ومقتضاه أن المراد بإجراء العمل دوام ثواب الرباط كما صرح به في حديث آخر ذكره السرخسي «ومن قتل مجاهداً أو مات مرابطاً فحرام على الأرض أن تأكل لحمه ودمه ولم يخرج من الدنيا، حتى يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه، وحتى يرى مقعده من الجنة وزوجته من الحور العين وحتى يشفع في سبعين من أهل بيته ويجري له أجر الرباط إلى يوم القيامة» وظاهره أن من مات مرابطاً يكون حياً في قبره كالشهيد، وبه يظهر معنى إجراء رزقه عليه.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ مَنْ يَجْرِي عَلَيْهِمُ الأَجْرُ بَعْدَ المَوْتِ

تنبيه: قال الشارح في شرحه على الملتقى: قد نظم شيخنا الشيخ عبد الباقي الحنبلي المحدث ثلاثة عشر ممن يجري عليه الأجر بعد الموت على ما جاء في الأحاديث وأصلها للحافظ الأسيوطي رحمه الله تعالى، فقال: [الوافر]

إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ جَاءَ يَجْرِي ... عَلَيْهِ الأَجْرُ عَدَّ ثَلاثَ عَشْرِ
عُلُومٌ بَثَّهَا وَدُعَاءُ نَجْلٍ ... وَغَرْسُ النَّخْلِ وَالصَّدَقَاتُ تَجْرِي
وِرَاثَةُ مُصْحَفٍ وَرِبَاطُ ثَغْرٍ ... وَحَفْرُ البِئْرِ أَوْ إِجْرَاءُ نَهْرِ
وَبَيْتٌ لِلْغَرِيبِ بَنَاهُ يَأْوِي ... إِلَيْهِ أَوْ بِنَاءُ مَحَلِّ ذِكْرِ
وَتَعْلِيمٌ لِقُرْآنٍ كَرِيمٍ ... شَهِيدٌ فِي القِتَالِ لأَجْلِ بِرِّ
كَذَا مَنْ سَنَّ صَالِحَةً لِيُقْفَى ... فَخُذْهَا مِنْ أَحَادِيثٍ بِحَصْرِ

مَطْلَبٌ: المُرَابِطُ لا يُسْأَلُ فِي القَبْرِ كَالشَّهِيدِ

قوله: (وأمن الفتان) ضبط أمن بفتح الهمزة وكسر الميم بلا واو، وأومن بضم الهمزة وبزيادة واو، وضبط الفتان بفتح الفاء. أي فتان القبر، وفي رواية أبي داود «وأمن من فتاني القبر» وبضمها جمع فاتن. قال القرطبي: وتكون للجنس: أي كل ذي فتنة.

---

(١) انظر نصب الراية ٣/١٥٩ وقال غريب بهذا اللفظ.

(هو فرض كفاية) كل ما فرض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض، وإلا ففرض عين، ولعله قدم الكفاية لكثرته (ابتداء) إن لم يبدؤونا، وأما قوله تعالى: ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ وتحريمه في الأشهر الحرم فمنسوخ

قلت: أو المراد فتان القبر من إطلاق صفة الجمع على اثنين أو على أنهم أكثر من اثنين، فقد ورد أن فتان القبر ثلاثة أو أربعة، وقد استدل غير واحد بهذا الحديث على أن المرابط لا يسأل في قبره كالشهيد. علقمي على الجامع الصغير. قوله: (هو فرض كفاية) قال في الدر المنتقى: وليس بتطوع أصلاً هو الصحيح، فيجب على الإمام أن يبعث سرية إلى دار الحرب كل سنة مرة أو مرتين، وعلى الرعية إعانته إلا إذا أخذ الخراج، فإن لم يبعث كان كل الإثم عليه، وهذا إذا غلب على ظنه أنه يكافئهم وإلا فلا يباح قتالهم، بخلاف الأمر بالمعروف. قهستاني عن الزاهدي اهـ. قوله: (إذا حصل المقصود بالبعض) هذا القيد لا بد منه لئلا ينتقض بالنفير العام، فإنه حينئذ مفروض لغيره مع أنه فرض عين لعدم حصول المقصود بالبعض. نهر.

قلت: يعني أنه يكون فرض عين على من يحصل به المقصود وهو دفع العدو، فمن كان بحذاء العدو إذا لم يمكنهم مدافعته يفترض عيناً على من يليهم، وهكذا كما سيأتي، ولا يخفى أن هذا عند هجوم العدو أو عند خوف هجومه، وكلامنا في فرضيته ابتداء، وهذا لا يمكن أن يكون فرض عين إلا إذا كان بالمسلمين قلة والعياذ بالله تعالى بحيث لا يمكن أن يقوم به بعضهم، فحينئذ يفترض على كل واحد منهم عيناً. تأمل. قوله: (ولعله قدم الكفاية) أي الذي هو فرض كفاية على فرض العين، وهو الآتي في قوله: «وفرض عين إن هجم العدو». قوله: (لكثرته) أي كثرة وقوعه. قوله: (وأما قوله تعالى الخ) جواب عما يرد على قوله: «ابتداء» وعلى عدم تقييده بغير الأشهر الحرم. ثم اعلم أن الأمر بالقتال نزل مرتباً، فقد كان ﷺ مأموراً أولاً بالتبليغ والإعراض: ﴿فَاصْدَعْ بِمَا تُؤْمَرُ وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الحجر: ٩٤] ثم بالمجادلة بالأحسن ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ﴾ [النحل: ١٢٥] الآية، ثم أذن لهم بالقتال ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ﴾ [الحج: ٣٩] الآية، ثم أمروا بالقتال إن قاتلوهم ﴿فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] ثم أمروا به بشرط انسلاخ الأشهر الحرم ﴿فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ثم أمروا به مطلقاً ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الآية﴾ [البقرة: ١٩٠] واستقر الأمر على هذا. سرخسي ملخصاً: يعني في جميع الأزمان والأماكن، سوى الحرم كما في القهستاني عن الكرماني. ثم نقل عن الخانية أن الأفضل أن لا يبتدأ به في الأشهر الحرم اهـ. والمراد بقوله: «سوى الحرم» إذا لم يدخلوا فيه للقتال، فلو دخلوه للقتال حلّ قتالهم فيه لقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ

بالعمومات. كاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم (إن قام به البعض) ولو عبيداً أو نساء (سقط عن الكل، وإلا) يقم به أحد في زمن ما (أثموا بتركه) أي أثم الكل من المكلفين، وإياك أن تتوهم أن فرضيته تسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم

فيه﴾ [البقرة: ١٩١] وتمامه في شرح السير. قوله: (إن قام به البعض) هذه الجملة وقعت موقع التفسير لفرض الكفاية. فتح.

مَطْلَبٌ فِي ٱلْفَرْقِ بَيْنَ فَرْضِ ٱلْعَيْنِ وَفَرْضِ ٱلْكِفَايَةِ

وحاصله: أن فرض الكفاية ما يكفي فيه إقامة البعض عن الكل، لأن المقصود حصوله في نفسه من مجموع المكلفين كتغسيل الميت وتكفينه ورد السلام، بخلاف فرض العين، لأن المطلوب إقامته من كل عين: أي من كل ذات مكلفة بعينها، فلا يكفي فيه فعل البعض عن الباقين، ولذا كان أفضل كما مر، لأن العناية به أكثر، ثم إن فرض الكفاية إنما يجب على المسلمين العالمين به سواء كانوا كل المسلمين شرقاً وغرباً أو بعضهم. قال القهستاني: وفيه رمز إلى أن فرض الكفاية على كل واحد من العالمين به بطريق البدل، وقيل: إنه فرض على بعض غير معين، والأول المختار لأنه لو وجب على البعض لكان الآثم بعضاً مبهماً وذا غير معقول، وإلى أنه قد يصير بحيث لا يجب على أحد، وبحيث يجب على بعض دون بعض؛ فإن ظن كل طائفة من المكلفين أن غيرهم قد فعلوا سقط الواجب عن الكل، وإن لزم منه أن لا يقوم به أحد، وإن ظن كل طائفة أن غيرهم لم يفعلوا وجب على الكل، وإن ظن البعض أن غيرهم أتى به وظن آخرون أن غيرهم ما أتى به وجب على الآخرين دون الأولين، وذلك لأن الوجوب هاهنا منوط بظن المكلف، لأن تحصيل العلم بفعل الغير وعدمه في أمثال ذلك في حيز التعسر، فالتكليف به يؤدي إلى الحرج. وتمامه في مناهج العقول، وإلى أنه لم يجب على الجاهل به، وما في حواشي الكشاف للفاضل التفتازاني: إنه يجب عليه أنْ يتخالف لينشد ولات اهـ. قوله: (في زمن ما) مفهومه أنه إذا قام به البعض في أي زمن سقط عن الباقين مطلقاً، وليس كذلك ط. لما تقدم من أنه يجب على الإمام في كل سنة مرة أو مرتين وحينئذ فلا يكفي فعله في سنة عن سنة أخرى. قوله: (من المكلفين) أي العالمين به كما مر، ونظيره أنه لو مات واحد من جماعة مسافرين في مفازة، فإنما يجب تكفينه والصلاة عليه كفاية على باقي رفقائه العالمين به دون غيرهم. قوله: (وإياك الخ) كذا في شرح ابن كمال، ومثله في الحواشي السعدية. قوله: (بقيام أهل الروم مثلاً) إذ لا يندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين. عزمي عن الحواشي السعدية، ثم قال فيها: وقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ الْكُفَّارِ﴾ [التوبة: ١٢٣] يدل على أن الوجوب على أهل كل ثغر، ثم قال في موضع آخر: والآية تدل على أن

مثلاً بل يفرض على الأقرب فالأقرب من العدو إلى أن تقع الكفاية، فلو لم تقع إلا بكل الناس فرض عيناً كصلاة وصوم، ومثله الجنازة والتجهيز. وتمامه في الدرر (لا) يفرض (على صبي)

الجهاد فرض على كل من يلي الكفار من المسلمين على الكفاية؛ فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند، وأهل ما وراء النهر مثلاً كما أشرنا إليه اهـ. قال في البحر: ويدل عليه ما في الذخيرة، ولا ينبغي للإمام أن يخلي ثغراً من الثغور من جماعة من المسلمين فيهم غناء وكفاية لقتال العدو، فإن قاموا به سقط عن الباقين، وإن ضعف أهل الثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو، فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم، وأن يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا أنه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد، ولكن سقط الفرض عنهم لحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط اهـ.

قلت: وحاصله أن كل موضع خيف هجوم العدو منه فرض على الإمام أو على أهل ذلك الموضع حفظه، وإن لم يقدروا فرض على الأقرب إليهم إعانتهم إلى حصول الكفاية بمقاومة العدو، ولا يخفى أن هذا غير مسألتنا وهي قتالنا لهم ابتداء، فتأمل.
قوله: (بل يفرض على الأقرب فالأقرب الخ) أي يفرض عليهم عيناً، وقد يقال قضية مدلول أنه لو قام به الأبعد حصل المقصود فيسقط عن الأقرب، لكن هذا ذكره في النفير فيما لو هجم العدو. وعبارة الدرر: وفرض عين إن هجموا على ثغر من ثغور الإسلام فيصير فرض عين على من قرب منهم، وهم يقدرون على الجهاد. ونقل صاحب النهاية عن الذخيرة أن الجهاد إذا جاء النفير إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو، فأما من وراءهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية عليهم، حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم، فإن احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو أو لم يعجزوا عنها، لكنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصلاة والصوم، لا يسعهم تركه ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدريج، ونظيره الصلاة على الميت، فإن من مات في ناحية من نواحي البلد فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه، وليس على من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذي يبعد من الميت يعلم أن أهل محلته يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه، كذا هنا اهـ.

مطلب: طاعة الوالدين فرض عين

قوله: (لا يفرض على صبي) في الذخيرة: للأب أن يأذن للمراهق بالقتال، وإن

وبالغ له أبوان أو أحدهما لأن طاعتهما فرض عين.

خاف عليه القتل. وقال السرخسي: لا بد أنه لا يخاف عليه، فإن خاف قتله لم يأذن له. نهر. قوله: (وبالغ له أبوان)[1] مفاده أنهما لا يأثمان في منعه، وإلا لكان له الخروج حتى يبطل عنهما الإثم؛ مع أنهما في سعة من منعه إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة، وشمل الكافرين أيضاً أو أحدهما إذا كره خروجه مخافة ومشقة، وإلا بل لكراهة قتال أهل دينه، فلا يطيعه ما لم يخف عليه الضيعة، إذ لو كان معسراً محتاجاً إلى خدمته فرضت عليه ولو كافراً، وليس من الصواب ترك فرض عين ليتوصل إلى فرض كفاية، ولو مات أبواه فأذن له جده لأبيه وجدته لأمه ولم يأذن له الآخران: أي أبو الأم وأم الأب فلا بأس بخروجه لقيام أب الأب وأم الأم مقام الأب والأم عند فقدهما، والآخران كباقي الأجانب إلا إذا عدم الأولان. فالمستحب: أن لا يخرج إلا بإذنهما، ولو له أم أم وأم أب، فالإذن لأم الأم بدليل تقدمها في الحضانة، ولأن الأخرى لا تقوم مقام الأب، ولو له أب وأم أب لا ينبغي الخروج بلا إذنها لأنها كالأم لأن حق الحضانة لها، وأما غير هؤلاء كالزوجة والأولاد والأخوات والأعمام فإنه يخرج بلا إذنهم، إلا إذا كانت نفقتهم واجبة عليه وخاف عليهم الضيعة اهـ. ملخصاً من شرح السير الكبير. قوله: (لأن طاعتهما فرض عين) أي والجهاد لم يتعين فكان مراعاة فرض العين أولى، كما في التجنيس، وأخذ منه في البحر كراهة الخروج بلا إذنهما، واعترض على قول الفتح: إنه يحرم.

قلت: وفيه نظر، فإن الأولى هنا بمعنى الأقوى والأرجح، أي إن الأقوى مراعاة

---

(١) يرى جمهور العلماء أن لا يجوز الخروج للجهاد غير المتعين لمن له أبوان إلا بإذنهما، وذلك لما رواه أبو داود عن أبي سعيد: أن رجلاً هاجر إلى النبي ﷺ من اليمن فقال: «هل لك أحد باليمن؟» فقال: أبواي، فقال: «أذنا لك؟» قال: لا، قال: «ارجع إليهما فاستأذنهما، فإن أذنا لك فجاهد، وإلا فبرهما». فهذا الحديث نص في اشتراط إذن الأبوين في الجهاد. وما روي عن عبد الله بن عمرو قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فاستأذنه في الجهاد فقال: «أحي والداك؟» قال: نعم، قال: «ففيهما فجاهد» رواه البخاري والنسائي وأبو داود والترمذي وصححه. ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ لم يجز الجهاد لمن له أبوان ولم يأذنا له، وذلك لأن حق الأبوين على الولد وبره لهما متعين عليه، والجهاد ليس بمتعين، فلو أجيز له عند لزومه لبطل حق متعين بحق غير متعين، وهو باطل، فلا يكون الجهاد واجباً عند عدم الإذن، بل لا يكون جائزاً. وبما روي عن معاوية بن جاهمة السلمي أن جاهمة أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أردت الغزو وجئتك أستشيرك، فقال: «هل لك من أم؟» قال: نعم، فقال: «الزمها فإن الجنة عند رجليها» رواه أحمد والنسائي. ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ لم يسمح بالجهاد لمن وجب عليه، وأمره أن يقوم بحقوق والدته المتعينة عليه. ويرجع هذا الشرط إلى التعيين. والحاصل: أن التكليف مبني على الوسع والطاقة، وهذه الطاقة الشرعية المذكورة بالبلوغ والعقل وسلامة الأعضاء والجسم من وجود الأعذار. إلى غاية أن التكليف يحتاج شروط عدم تضييع حقوق أخرى هي أهم منها من نظر الشريعة، ومن ذلك منع الابن واحتياج الولد إلى إذن أبويه في الخروج إلى الجهاد، ومع ذلك. انظر: الجهاد للدكتور شحاتة محمد شحاتة.

وقال عليه الصلاة والسلام للعباس بن مرداس لما أراد الجهاد «الزم أمك فإن الجنة تحت رجل أمك» سراج. وفيه: لا يحل سفر فيه خطر إلا بإذنهما، وما لا خطر فيه يحل بلا إذن، ومنه السفر في طلب العلم (وعبد وامرأة) لحق المولى والزوج ومفاده وجوبه لو أمرها الزوج به. فتح. وعلى غير المزوجة. نهر.

فرض العين لقوته ورجحانه على فرض الكفاية، لحيث ثبت أنه فرض كان خلافه حراماً، ولذا قال السرخسي: فعليه أن يقدم الأقوى، نعم قدمت آنفاً عنه في الأجداد والجدات القاصدين أن المستحب أن لا يخرج إلا بإذنهما. قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام الخ) دليل آخر على تقديم الوالدين، وقدمنا الحديث المتفق عليه وفيه تقديم برهما على الجهاد، وفي صحيح البخاري في الرجل الذي جاء يستأذن النبي ﷺ في الجهاد قال: «أحيٌّ والداك؟ قال: نعم، قال: ففيهما فجاهد»[1] وذكر بعضهم أن ذلك الرجل هو جاهمة بن عباس بن مرداس ثم رأيت في شرح السير الكبير قال: وذكر عن ابن عباس بن مرداس أنه قال: يا رسول الله إني أريد الجهاد، قال: ألك أم؟ قال: نعم، قال: الزم أمك الخ. قوله: (تحت رجل أمك) هو في معنى حديث «الجنة تحت أقدام الأمهات» ولعل المراد منه والله تعالى أعلم تقبيل رجلها، أو هو كناية عن التواضع لها وأطلقت الجنة على سبب دخولها. قوله: (فيه خطر) كالجهاد وسفر البحر، والخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين الإشراف على الهلاك كما في ط عن القاموس. قوله: (وما لا خطر) كالسفر للتجارة والحج والعمرة يحل بلا إذن، إلا إن خيف عليهما الضيعة. سرخسي. قوله: (ومنه السفر في طلب العلم) لأنه أولى من التجارة إذا كان الطريق آمناً ولم يخف عليهما الضيعة. سرخسي. قوله: (ومفاده الخ) أي تعليل عدم وجوبه كفاية على العبد والمرأة بكونه حق المولى والزوج: أي حق مخلوق فيقدم على حق الخالق، لاحتياج المخلوق واستغناء الخالق تعالى يفيد وجوبه كفاية على المرأة لو أمرها به الزوج لارتفاع المانع من حق الخالق تعالى، وكذا غير المزوجة لعدم المانع من أصله ومثله العبد لو أمره به مولاه لكن سكت عنه لظهور وجوبه كفاية على العبد بإذن مولاه، بخلاف المرأة ولو غير مزوجة، لأنها ليست من أهل القتال لضعف بنيتها. قال في الهداية في فصل قسمة الغنيمة: ولهذا: أي لعجزها عن الجهاد لم يلحقها فرضه، ولأنها عورة كما في القهستاني عن المحيط قال. فلا يخص المزوجة كما ظن به ظاهر الفرق وهو أن عدم وجوبه على العبد لحق المولى، فإذا زال حقه بإذنه ثبت الوجوب، بخلاف المرأة فإنه ليس لحق الزوج بل لكونها ليست من أهله ولذا

---

(1) أخرجه البخاري (٦/١٤٠) (٣٠٠٤) ومسلم ٤/١٩٧٥ (٥/٢٥٤٩).

قلت: تعليل الشمني بضعف بنيتها يفيد خلافه، وفي البحر: إنما يلزمها أمره فيما يرجع إلى النكاح وتوابعه (وأعمى ومقعد) أي أعرج. فتح (وأقطع) لعجز (ومديون بغير إذن غريمه) بل وكفيله أيضاً لو بأمره، مجتبى، ولو بالنفس، نهر. وهذا في الحالّ، أما المؤجل فله الخروج إن علم برجوعه قبل حلوله. ذخيرة (وعالم ليس في البلدة أفقه منه) فليس له الغزو خوف ضياعهم. سراجية.

لم يجب على غير المزوجة. قوله: (وفي البحر الخ) مراد صاحب البحر مناقشة الفتح في دعواه الوجوب على المرأة لو أمرها الزوج، بناء على أن المراد وجوبه عليها بسبب أمره لها، وفيه أن مراده الوجوب بأمره تعالى لا بأمر الزوج، بل هو إذن وفك للحجر كما أفاده ح. وقد علمت عدم وجوبه عليها أصلاً، إلا إذا هجم العدو كما يأتي. قوله: (أي أعرج) نقله في الفتح عن ديوان الأدب، وهو المناسب لقوله: «وأقطع» وفي المغرب أنه الذي أقعده الداء عن الحركة، وعند الأطباء هو الزمن، وقيل المقعد المتشنج الأعضاء، والزمن: الذي طال مرضه اهـ. قوله: (وأقطع) هو المقطوع اليد، والجمع قطعان كأسود وسودان. صحاح. قوله: (لعجزهم) لقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١] فإنها نزلت في أصحاب الأعذار. زيلعي. وفيه إشعار بأن من عجز عنه لسبب من الأسباب لم يفرض عليه كما أشير إليه في الاختيار. قهستاني. قوله: (ومديون بغير إذن غريمه) أي ولو لم يكن عنده وفاء، لأنه تعلق به حق لغريم مجتبى، فلو أذن له الدائن ولم يبرئه فالمستحب الإقامة لقضاء الدين لأن البدء بالأوجب أولى، فإن خرج فلا بأس. ذخيرة. ولو الدائن غائباً فأوصى بقضاء دينه إن مات فلا بأس بالخروج لو له وفاء، وإلا فالأولى الإقامة لقضاء دينه. هندية. وكذا لو كان عنده وديعة ربها غائب فأوصى إلى رجل بدفعها إلى ربها فله الخروج. بحر عن التاترخانية. قوله: (لو بأمره) أي لأنه حينئذ يثبت له الرجوع بما يؤدي عنه، بخلاف ما إذا كفله لا بأمره، فإنه لا رجوع للكفيل عليه، فلا يحتاج إلى استئذانه بل يستأذن الدائن فقط قوله: (ولو بالنفس) لأن له عليه حقاً بتسليم نفسه إليه إذا طلب منه، وقد صرحوا بأن للكفيل بالنفس منعه من السفر، وتمامه في النهر على خلاف ما بحثه في البحر.

قوله: (فله الخروج) أي بلا إذن الكفيل لعدم توجه المطالبة بقضاء الدين لكن الأفضل الإقامة لقضائه. ذخيرة. قوله: (إن علم) أي بطريق الظاهر. ذخيرة

قوله: (فليس له الغزو الخ) لما كان المتن صادقاً بجواز خروجه، زاد قوله: «فليس الخ» ليفيد أنه لا يخرج ط.

قلت: وظاهر التعليل بخوف ضياعهم جواز خروجه لو كان في البلدة من

وعمم في البزازية السفر، ولا يخفى أن المقيد يفيد غيره بالأولى (وفرض عين إن هجم العدو فيخرج الكل ولو بلا إذن) ويأثم الزوج ونحوه بالمنع. ذخيرة (ولا بد لفرضيته (من) قيد آخر وهو (الاستطاعة) فلا يخرج المريض المدنف، أما من يقدر على الخروج، دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد إرهاباً. فتح.

وفي السراج: وشرط لوجوبه: القدرة على السلاح

يساويه. تأمل. قوله: (وعمم في البزازية السفر) يعني أطلقه حيث قال: أراد السفر. قوله: (ولا يخفى أن المقيد) وهو منعه عن سفر الغزو ويفيد غيره بالأولى: أي يفيد منعه عن سفر غير الغزو بالأولى، لأن الغزو فرض كفاية، فإذا منع منه يمنع من غيره كسفر التجارة وحج النفل. وأما السفر لحج الفرض أو الغزو إذا هجم العدو، فهو غير مراد قطعاً فلا حاجة إلى استثنائه، على أن في دعوى الأولوية نظراً لأن منعه من السفر للغزو لما فيه من الخطر، ولا يلزم منه منعه مما لا خطر فيه كما مر في سفر الابن بلا إذن الأب فإنه يمنع عن سفره للجهاد لا للتجارة وطلب العلم كما قدمنا. وأما ما في البزازية فقد يقال: إن المراد به السفر الطويل أو على قصد الرحيل، فإن فيه ضياعهم بخلاف غيره، فافهم. قوله: (وفرض عين) أي على من يقرب من العدو، فإن عجزوا أو تكاسلوا فعلى من يليهم، حتى يفترض على هذا التدريج على كل المسلمين شرقاً وغرباً كما مر في عبارة الدرر عن الذخيرة: قال في الفتح: وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون ويبلغهم الخبر، وإلا فهو تكليف ما لا يطاق، بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم، ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج، وقعوده لعدم خروج الناس، وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه اهـ. وفي البزازية: مسلمة سبيت بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الأسر ما لم تدخل دار الحرب. وفي الذخيرة: يجب على من لهم قوة اتباعهم لأخذ ما بأيديهم من النساء والذراري وإن دخلوا دار الحرب ما لم يبلغوا حصونهم، ولهم أن لا يتبعوهم للأموال. قوله: (إن هجم العدو) أي دخل بلدة بغتة، وهذه الحالة تسمى النفير العام. قال في الاختيار: والنفير العام أن يحتاج إلى جميع المسلمين. قوله: (فيخرج الكل) أي كل من ذكر من المرأة والعبد والمديون وغيرهم. قال السرخسي: وكذلك الغلمان الذين لم يبلغوا إذا أطاقوا القتال فلا بأس بأن يخرجوا ويقاتلوا في النفير العام وإن كره ذلك الآباء والأمهات. قوله: (المدنف) بالبناء للمجهول: أي الذي لازمه المرض. وفي ح عن جامع اللغة: الدنف: المرض الملازم. وفي المصباح: دنف دنفاً من باب تعب فهو دنف: إذا لازمه المرض، وأدنفه المرض، وأدنف هو يتعدى ولا يتعدى اهـ. قوله: (وشرط لوجوبه القدرة على السلاح) أي وعلى القتال وملك الزاد

لا أمن الطريق، فإن علم أنه إذا حارب قتل وإن لم يحارب أسر لم يلزمه القتال (ويقبل خبر المستنفر ومنادي السلطان ولو) كان كل منهما (فاسقاً) لأنه خبر يشتهر في الحال. ذخيرة (وكره الجعل) أي أخذ المال من الناس لأجل الغزاة (مع

والراحلة كما في تفسيسات وغيره. قهستاني. وقدمنا عنه اشتراط العلم أيضاً. قوله: (لا أمن الطريق) أي من قطاع أو محاربين، فيخرجون إلى النفير، ويقاتلون بطريقهم أيضاً حيث أمكن، وإلا سقط الوجوب لأن الطاعة بحسب الطاقة. تأمل.

مَطْلَبٌ: إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُقْتَلُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُقَاتِلَ بِشَرْطِ أَنْ يَنْكِيَ فِيهِمْ، وَإِلَّا فَلَا، بِخِلَافِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ

قوله: (لم يلزمه القتال) يشير إلى أنه لو قاتل حتى قتل جاز، لكن ذكر في شرح السير أنه لا بأس أن يحمل الرجل وحده وإن ظن أنه يقتل إذا كان يصنع شيئاً بقتل أو بجرح أو بهزم، فقد فعل ذلك جماعة من الصحابة بين يدي رسول الله ﷺ يوم أحد ومدحهم على ذلك، فأما إذا علم أنه لا ينكي فيهم فإنه لا يحل له أن يحمل عليهم، لأنه لا يحصل بحملته شيء من إعزاز الدين، بخلاف نهي فسقة المسلمين عن منكر إذا علم أنهم لا يمتنعون بل يقتلونه، فإنه لا بأس بالإقدام، وإن رخص له السكوت لأن المسلمين يعتقدون ما يأمرهم به فلا بد أن يكون فعله مؤثراً في باطنهم، بخلاف الكفار. قوله: (ويقبل خبر المستنفر) أي طالب النفر وهو الخروج للغزو. أفاده الشلبي، ويقبل خبر العبد فيه كما في شرح الملتقى ط. قوله: (لأنه خبر يشتهر في الحال) أي فلا يكون الوجوب مبنياً على خبر الفاسق فقط، أو المراد أن خوف الاشتهار قرينة على صدقه. تأمل. قوله: (وكره الجعل) بضم الجيم وهو ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء يفعله، والمراد هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوي بعضهم بعضاً بالكراع أي الخيل والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد. نهر. وعلل الكراهة في الهداية بقوله: لأنه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه، لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين اهـ. والثاني يوجب ثبوت الكراهة على الإمام فقط والأول يوجبها على الغازي، ومعنى كراهة الإمام تسبب في المكروه كما في الفتح، وظاهره أن الكراهة تحريمية لقول الفتح: قال أبو حنيفة: الأجر على الطاعة حرام فما يشبهه مكروه اهـ. قيل: إن هذا إنما يظهر على قول المتقدمين.

قلت: لا يخفى فساده بل هو على قول الكل، لأن المتأخرين إنما أجازوا الأجر على أشياء خاصة نصوا عليها من الطاعات وهي التعليم والأذان والإمامة لا على كل طاعة، وإلا لشمل نحو الصوم والصلاة، ولا قائل به كما نبه عليه غير مرة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الإجارات، وأوضحناه في رسالتنا شفاء العليل وبل الغليل

الفيء) أي مع وجود شيء في بيت المال. درر. وصدر الشريعة، ومفاده: أن الفيء هنا يعم الغنيمة فليحفظ **(وإلا لا)** لدفع الضرر الأعلى بالأدنى **(فإن حاصرناهم دعوناهم إلى الإسلام فإن أسلموا)** فيها **(وإلا فإلى الجزية)** لو محلاً لها كما سيجيء **(فإن قبلوا ذلك فلهم ما لنا)** من الإنصاف **(وعليهم ما علينا)** من

في أخذ الأجرة على الختمات والتهاليل؛ فافهم. قوله: **(ومفاده الخ)** أي مفاد تفسير الفيء بما ذكر من وجود شيء الخ، ونحوه في الذخيرة وغاية البيان، وقيد بقوله: «هنا» لأن حقيقة الفيء كما في الفتح ما يؤخذ بغير قتال كالخراج والجزية. أما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة كما يأتي في الفصل الآتي، ولا تتقيد الكراهة بوجود الفيء فقط، وهو الحق كما في المنح والبحر. وقال لجواز الاستقراض من بقية الأنواع، ولذا لم يذكر الفيء في بعض المعتبرات، وإنما ذكر مال بيت المال اهـ. وسيأتي في آخر فصل الجزية بيان مصارف بيت المال، وتقدمت منظومة في باب العشر من كتاب الزكاة. قوله: **(وإلا لا)** أي وإن لم يوجد شيء في بيت المال لا يكره الجعل للضرورة. قوله: **(لدفع الضرر الأعلى)** وهو تعدي شرّ الكفار إلى المسلمين. فتح. قوله. **(بالأدنى)** وهو الجعل المذكور، فيلتزم الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

تنبيه: من قدر على الجهاد بنفسه وماله لزمه، ولا ينبغي له أخذ الجعل؛ ومن عجز عن الخروج وله مال ينبغي أن يبعث غيره عنه بماله، وعكسه إن أعطاه الإمام كفايته من بيت المال لا ينبغي له أن يأخذ من غيره جعلاً، وإذا قال القاعد للغازي: خذ هذا المال لتغزو به عني لا يجوز، لأنه استئجار على الجهاد بخلاف قوله: فاغز به، ومثله الحج، وللغازي أن يترك بعض الجعل لنفقة عياله، لأنه لا يتهيأ له الخروج إلا به، وتمامه في البحر. قوله: **(دعوناهم إلى الإسلام)** أي ندباً إن بلغتهم الدعوة، وإلا فوجوباً ما لم يتضمن ضرراً كما يأتي. قوله: **(فإن أسلموا)** أي بالتلفظ بالشهادتين على تفصيل ذكره في البحر هنا، وسيذكره الشارح في آخر باب المرتد مع التبري عن دينه، لو كان كتابياً على ما سيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى، وقد يكون الإسلام بالفعل كالصلاة بالجماعة والحج، وتمامه في البحر. وتقدم ذلك منظوماً في أول كتاب الصلاة وأشبعنا الكلام عليه ثمة. قوله: **(فيها)** أي فبالخصلة الكاملة أخذوا ونعمت الخصلة. قوله: **(ولو محلاً لها)** بأن لم يكونوا مرتدين ولا من مشركي العرب كما يأتي بيانه في فصل الجزية. قال في النهر: وينبغي للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها والتفاوت بين الغني والفقير في مقدارها. قوله: **(فلهم مالنا من الإنصاف الخ)** أي المعاملة بالعدل والقسط. والانتصاف: الأخذ بالعدل. قال في المنح: والمراد أنه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم، لو تعرضنا لدمائهم وأموالهم أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا ما

الانتصاف فخرج العبادات إذ الكفار لا يخاطبون بها عندنا، ويؤيده قول علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا (ولا) يحل لنا أن (نقاتل من لا تبلغه الدعوة) بفتح الدال (إلى الإسلام) وهو وإن اشتهر في زماننا شرقاً وغرباً، لكن لا شك أن في بلاد الله من لا شعور له بذلك. يعني لو بلغه الإسلام لا الجزية: ففي التاترخانية: لا ينبغي قتالهم حتى يدعوهم إلى الجزية. نهر. خلافاً لما نقله المصنف

يجب لبعضنا على بعض عند التعرض اهـ. وفي البحر: وسيأتي في البيوع استثناء عقدهم على الخمر والخنزير فإنه كعقدنا على العصير والشاة، وقدمنا أن الذمي مؤاخذ بالحدود والقصاص إلا حدّ الشرب، ومر في النكاح لو اعتقدوا جوازه بلا مهر أو شهود أو في عدة نتركهم وما يدينون، بخلاف الربا اهـ. قوله: (فخرج) أي بالتقييد بالإنصاف والانتصاف.

مطلب في أن الكفار مخاطبون بالعبادات

قوله: (إذ الكفار لا يخاطبون بها عندنا) الذي تحرر في المنار وشرحه لصاحب البحر أنهم مخاطبون بالإيمان، وبالعقوبات سوى حدّ الشرب، والمعاملات. وأما العبادات فقال السمرقنديون: إنهم غير مخاطبين بها أداء واعتقاداً. قال البخاريون: إنهم غير مخاطبين بها أداء فقط. وقال العراقيون: إنهم مخاطبون بهما فيعاقبون عليهما وهو المعتمد اهـ ح. قوله: (ويؤيده) أي يؤيد ما ذكر من التقييد بالإنصاف والانتصاف، أو يؤيد خروج العبادات.

وحاصله: أن لهم حكمنا في العقوبات والمعاملات إلا ما استثنى دون الإيمان والعبادات فلا نطالبهم بهما وإن عوقبوا عليهما في الآخرة. قوله: (ولا يحل لنا الخ) لأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود بلا قتال، فلا بد من الاستعلام. فتح. فلو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي، ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار، فصار كقتل النسوان والصبيان. بحر. قوله: (من لا تبلغه) الأولى من لم ط. قوله: (بفتح الدال) قال في شرحه على الملتقى: الدعوة هنا بفتح الدال، وكذا في الدعوة إلى الطعام، وأما في النسب فبالكسر، كذا قاله الباقاني، لكن ذكر غيره أنها في دار الحرب بالضم. قوله: (وهو) أي الإسلام. قوله: (لا ينبغي الخ) الظاهر أنه بمعنى لا يحل كما يأتي نظيره. قوله: (خلافاً لما نقله المصنف) الأولى تقديمه على قوله: «يعني الخ أي» لا يحل في زماننا أيضاً، خلافاً لما نقله المصنف عن الينابيع من أن ذلك في ابتداء الإسلام، وأما الآن فقد فاض واشتهر،

(وندعو ندباً من بلغته إلا إذا تضمن ذلك ضرراً) ولو بغلبة الظن، كأن يستعدون أو يتحصنون فلا يفعل. فتح (وإلا) يقبلوا الجزية (نستعين بالله ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم) ولو مثمرة (وإفساد زروعهم)

فيكون الإمام مخيراً بين البعث إليهم وتركه له. قال في الفتح: ويجب أن المدار غلبة ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة. قوله: (إلا إذا تضمن ذلك ضرراً) ذكروا هذا الاستثناء في الاستحباب مع إمكانه في الوجوب أيضاً ط. زاد في شرح الملتقى عن المحيط: أن يطمع فيهم ما يدعوهم إليه ط. قوله: (كأن يستعدون الخ) المناسب إسقاط النون لأنه منصوب بأن المصدرية. قوله: (بنصب المجانيق) أي على حصونهم، لأنه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف. رواه الترمذي[1]. نهر. وهو جمع منجنيق بفتح الميم عند الأكثر وإسكان النون الأولى وكسر الثانية، فارسية معربة، تذكر وتأنيثها أحسن، وهي آلة ترمى بها الحجارة الكبار. قلت: وقد تركت اليوم للاستغناء عنها بالمدافع الحادثة. قوله: (وحرقهم) أراد حرق دورهم وأمتعتهم[2]، قاله العيني. والظاهر أن المراد حرق

(١) من رواية ثور بن زيد بهذا مرسلاً وأخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسلاً وكذلك ابن سعد وأخرجه البيهقي ٩/ ٨٤.

(٢) اتفق الفقهاء على جواز قتال الكفار بالآلات المستعملة عادة في الحروب كالسيف، والرمح، والنبل، والرصاص، والمدافع، ونحوها عدا الماء والنار.

ومستند هذا الاتفاق عموم الأدلة الدالة على مشروعية القتال كقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ ووجه الاستدلال من هذه الآية: أن الله أمر فيها بقتال المشركين أمراً مطلقاً لم يقيده بآلة خاصة من آلات القتال، وما رواه أحمد وابن ماجه عن صفوان بن عسال قال: بعثنا رسول الله ﷺ في سرية فقال: اسيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله، ولا تمثلوا، ولا تغدروا، ولا تقتلوا وليداً.

أما القتال بالماء والنار فقد اتفقوا على جوازه إذا خيف على جماعة المسلمين، واختلفوا بعد ذلك في جواز إحراقهم بالنار وإرسال الماء عليهم ليغرقوا أو حبسه عنهم ليموتوا عطشاً. فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز قتال الكفار بهما في الجملة. على أن الحنفية يرون جواز ذلك مطلقاً سواء أمكن القدرة عليهم بغيرهما أم لا، وسواء كان معهم نساء وصبيان أو مسلمون أم لا، وقد قال الكمال في فتح القدير: هذا إذا لم يعلم أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك، لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما شرع إلا لها.

والشافعية والحنابلة يقيدون استعمالهما بعدم القدرة عليهم بغيرهما، فإن أمكن القدرة عليهم بغيرهما كره استعمالهما عند الشافعية، وحرم عند الحنابلة.

أما المالكية فيقولون برأي الحنابلة على تفصيل لهم، وفرق بين كونهم داخل الحصون أو خارجها، وبين وجود النساء والصبيان فيها أو عدم وجودهم، وبين استعمال الماء والنار يطول المقام بشرحه.

استدل الجمهور على الجواز بما يأتي:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ وجه الدلالة أن الله تعالى أمر بقتالهم من غير تقييد بآلة خاصة.

ثانياً: بما روي عن أسامة بن زيد قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى قرية يقال لها أُبنى فقال: ائتها صباحاً ثم حرّق. رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة، فهذا صريح في الأمر بالتحريق من غير تقييد، وهو نص في —

إلا إذا غلب على الظن ظفرنا، فيكره. فتح (ورميهم) بنبل ونحوه (وإن تترسوا ببعضنا) ولو تترسوا بنبي سئل ذلك النبي (ونقصدهم) أي الكفار (وما أصيب منهم) أي من المسلمين (لا دية فيه ولا كفارة) لأن الفروض لا تقرن بالغرامات

رماهم بالمجانيق، وإذا جازت محاربتهم بحرقهم فما لهم أولى، نهر. وقوله: بالمجانيق: أي برمي النار بها عليهم، لكن جواز التحريق والتغريق مقيد كما في شرح السير بما إذا لم يتمكنوا من الظفر بهم بدون ذلك، بلا مشقة عظيمة، فإن تمكنوا بدونها فلا يجوز، لأن فيه إهلاك أطفالهم ونسائهم ومن عندهم من المسلمين. قوله: (إلا إذا غلب إلخ) كذا قيد في الفتح إطلاق المتون، وتبعه في البحر والنهر، وعلله بأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها، ولا يخفى حسنه لأن المقصود كسر شوكتهم وإلحاق الغيظ بهم، فإذا غلب الظن بحصول ذلك بدون إتلاف وأنه يصير لنا لا نتلفه. قوله: (ونحوه) كرصاص، وقد استغني به عن النبل في زماننا. قوله: (سئل ذلك النبي) كذا نقله في النهر عن أبي الليث: أي بأن نقول له هل نرمي أم لا، ونعمل بقوله، ولم يذكر ما إذا لم يمكن سؤاله. قوله: (وما أصيب منهم) أي إذا قصدنا الكفار بالرمي، وأصبنا أحداً من المسلمين الذين تترس الكفار بهم لا نضمنه، وذكر السرخسي أن القول للرامي بيمينه في أنه قصد الكفار لا لولي المسلم المقتول أنه تعمد قتله. قوله: (لأن الفروض لا تقرن بالغرامات) أي كما لو مات المحدود بالجلد، أو القطع، وأورد المضطر إلى أكل مال الغير فإنه مضمون، وأجيب عنه في الفتح بأن المذهب عندنا أنه لا يجب عليه أكله فلم يكن فرضاً، فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق. قوله:

= بإباحة التحريق بالنار، ويقاس عليه التغريق بالماء، لأنه لا فرق بينهما باعتبار الأثر.

ثالثاً: أن المقصود من مشروعية الجهاد مع الكفار قتالهم بأي وسيلة لتكون كلمة الله هي العليا، ولا شك أن التحريق والتغريق مما يفضي به المقصود فيكون حسناً.

واستدل الحنابلة على حرمة استعمال أسلحة النار عند القدرة عليهم بغيرها بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال: إن وجدتم فلاناً وفلاناً فأحرقوهما بالنار، ثم قال حين أردنا الخروج: إني كنت أمرتكم أن تحرقوا فلاناً وفلاناً، وإن النار لا يعذب بها إلا الله، فإن وجدتموهما فاقتلوهما. رواه أحمد والبخاري وغيرهما.

ووجه الدلالة أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى الصحابة عن إحراق الرجلين بعد أمره لأنهم يقدرون عليهما بغير النار، والنهي ظاهر في تحريمه، لأنهم يتمكنون من الأخذ، ممنوع بالدليل المبيح استعمالهما في حالة عدم القدرة عليهم بغيرها، وبالدليل المانع عند القدرة عليهم بغيرها.

واستدل الشافعية على الكراهة في حالة القدرة عليهم بغيرها بأنه يحتمل إصابة مسلم يظن أنه كافر، فلذلك كان مكروهاً هنا. وقد قال صاحب الفتح من علماء الحنفية بعد أن ذكر جواز التحريق، وإرسال الماء وقطع الأشجار وإفساد الزرع: هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره، لأنه إفساد في غير محل الحاجة، وما أبيح إلا لها.

انظر الجهاد للدكتور [illegible]، وفتح القدير ٤/ ٢٨٦.

(ولو فتح الإمام بلدة وفيها مسلم أو ذمي لا يحل قتل أحد منهم أصلاً، ولو أخرج واحد) ما (حل) حينئذ (قتل الباقين) لجواز كون المخرج هو ذاك. فتح (ونهينا عن إخراج ما يجب تعظيمه ويحرم الاستخفاف به كمصحف وكتب فقه وحديث وامرأة) ولو عجوزاً لمداواة هو الأصح. فتح. وأراد بالنهي ما في مسلم: «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو» (إلا في جيش يؤمن عليه) فلا كراهة.

(ولو أخرج واحد ما) أراد بالإخراج ما يعم الخروج وزاد لفظ ما للتعميم، فالمراد أي رجل كان لا بقيد كونه مسلماً أو ذمياً في نفس الأمر أو بغالب الظن، ولذا قال في الفتح: ولو أخرج واحد من عرض الناس. قوله: (لجواز كون المخرج هو ذاك) فصار في كون المسلم في الباقي شك، بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم والذمي فيهم معلوم بالفرض، فوقع الفرق. فتح.

قلت: ونظير هذه المسألة ما لو تنجس بعض الثوب فغسل طرفاً منه ولو بلا تحرٍّ فإنه يصح أن يصلي به إذا لم يبق متيقن النجاسة، وهذا يرد على قولهم اليقين لا يزول بالشك، وقدمنا تحقيق المسألة في الطهارة عن شرح المنية. قوله: (ويحرم الاستخفاف به) أفاد ذلك وإن استلزمه ما قبله، لأن ذلك علة النهي، فإن إخراجه يؤدي إلى وقوعه في يد العدو، وفي ذلك تعريض لاستخفافهم به، وهو حرام، خلافاً لقول الطحاوي إن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كي لا تنقطع عن أيدي الناس، وأما اليوم فلا يكره. قوله: (وامرأة) أي وعن إخراج امرأة فهو معطوف على ما. قوله: (هو الأصح) احتراز عن قول الطحاوي المذكور. قوله: (إلا في جيش) أقله عند الإمام أربعمائة، وأقل السرية عنده مائة كما رأيته في الخانية، ونقله في الشرنبلالية عنها وعن المحيط، خلافاً لما في البحر عن الخانية من أن أقل السرية مائتان وتبعه في النهر كما في الشرنبلالية، وما قاله ابن زياد من أن أقل السرية أربعمائة، وأقل الجيش أربعة آلاف قاله من تلقاء نفسه، نص عليه الشيخ أكمل الدين اهـ. وفي الفتح: ينبغي أن يكون العسكر العظيم اثني عشر ألفاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «لن تغلب اثنا عشر ألفاً من قلة» اهـ[1].

قلت: والتقييد بالقلة لأنها قد تغلب بسبب آخر كتشتت الأمراء في زماننا

تتمة: في الخانية: لا ينبغي للمسلمين أن يفروا إذا كانوا اثني عشر ألفاً، وإن كان العدو أكثر، لما ذكر الحديث

ثم قال: والحاصل أنه إذا غلب على ظنه أنه يغلب لا بأس بأن يفر ولا بأس

---

(١) أخرجه أحمد ١/٢٩٤، ٢٩٩

لكن إخراج العجائز والإماء أولى (وإذا دخل مسلم إليهم بأمان جاز حمل المصحف معه إذا كانوا يوفون بالعهد) لأن الظاهر عدم تعرضهم. هداية (و) نهينا (عن غدر وغلول و) عن (مثلة) بعد الظفر بهم، أما قبله فلا بأس بها. اختيار (و)

للواحد إذا لم يكن معه سلاح أن يفر من اثنين لهما سلاح. وذكر قبله: ويكره للواحد القوي أن يفر من الكافرين والمائة من المئتين في قول محمد، ولا بأس أن يفر الواحد من الثلاثة والمائة من ثلاثمائة. قوله: (لكن إلخ) قال في الفتح: ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي[1] دون الشواب، ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر.

مطلب: لفظ «ينبغي» يستعمل في المندوب وغيره عند المتقدمين

قوله: (ونهينا عن غدر إلخ) عدل عن قول الهداية وغيرها: وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا لأن المشهور عند المتأخرين استعمال «ينبغي» بمعنى «يندب» و«لا ينبغي» بمعنى يكره تنزيهاً، وإن كان في عرف المتقدمين استعماله في أعم من ذلك وهو في القرآن كثير ﴿مَا كَانَ يَنبَغِي لَنَا أَن نَّتَّخِذَ مِن دُونِكَ مِنْ أَوْلِيَاءَ﴾ [الفرقان: ١٨]. قال في المصباح: وينبغي أن يكون كذا معناه يجب أو يندب بحسب ما فيه من الطلب اهـ.

مطلب في بيان نسخ المثلة

قوله: (عن غدر) أي نقض عهد وغلول بضم الغين: الخيانة من المغنم قبل قسمته ومثلة بضم الميم اسم مصدر مثّل به من باب نصر: أي قطع أطرافه وشوّه به، كذا في جامع اللغة ح. قوله: (أما قبله فلا بأس بها) قال الزيلعي: وهذا حسن، ونظيره الإحراق بالنار، وقيد جوازها قبله في الفتح بما إذا وقعت قتالاً كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه ثم ضرب فقطع يده وأنفه ونحو ذلك اهـ. وهو ظاهر في أنه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له أن يمثل به بل يقتله، ومقتضى ما في الاختيار أن له ذلك كيف وقد علل بأنها أبلغ في كبتهم وأضر بهم. تأمل.

تنبيه: ثبت في الصحيحين وغيرهما النهي عن المثلة[2]، فإن كان متأخراً عن قصة العرنيين[3] فالنسخ ظاهر وإن لم يدر فقد تعارض محرم ومبيح، فيقدم المحرم ويتضمن الحكم بنسخ الآخر، وأما من جنى على جماعة بأن قطع أنف رجل وأذني رجل ويدي آخر ورجلي آخر وفقأ عيني آخر فإنه يقتص منه للكل، لكن يستأني بكل قصاص إلى

---

(١) في ط: وفي السير الكبير: لا بأس لأهل الثغور باتخاذ نسائهم والذراري إن كانوا بحيث إذا نزل بهم العدو قدروا على دفعه أو على التحرز منهم بإتيان أرض الإسلام.

(٢) أخرجه أحمد ٤/٤٢٠ - ٤٢١ والدارمي في ١/٣٩٠ وأبو داود ٣/١٤٥ (٢٦٦٧).

(٣) البخاري ٢/١٠٩١ (٣٠١٨) ومسلم ٣/١٢٩٦ (٩/١٦٧١).

من (قتل امرأة وغير مكلف وشيخ) خَرِف (فانٍ) لا صياح ولا نسل له، فلا يقتل، ولا إذا ارتد (وأعمى ومقعد) وزمن ومعتوه

يرد ما قبله، فهذه مثلة ضمناً لا قصداً، وإنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله، فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به. فتح ملخصاً. قوله: (وغير مكلف) كالصبي والمجنون. قوله: (وشيخ خرف فانٍ) أصل المتن «وشيخ فانٍ» لكن زاد الشارح لفظة «خرف» فيكون عطف خاص على عام. قال في الفتح: ثم المراد بالشيخ الفاني: الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال، ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال، لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين. ذكره في الذخيرة. زاد الشيخ أبو بكر الرازي أنه إذا كان كامل العقل نقتله، ومثله نقتله إذا ارتد، والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين، فهذا لا نقتله، ولا إذا ارتد اهـ.

قلت: ومقتضى كلام الرازي أنه إذا كان كامل العقل يقتل وإن لم يقدر على القتال والصياح والإحبال ومقتضى ما في الذخيرة أنه إذا لم يقدر على ذلك لا يقتل، وإن كان كامل العقل، وهذا هو الموافق لما في شرح السير الكبير، وهذا الظاهر، لأنه إذا كان عاقلاً لكنه لا يقدر على شيء مما ذكر يكون في معنى المرأة والراهب، بل أولى.

فصار الحاصل: أن الشيخ الفاني إن كان خرفاً زائل العقل لا يقتل، وإن كان له صياح ونسل لأنه في حكم المجنون، وإن كان عاقلاً لا يقتل أيضاً إن لم يقدر على القتال ونحوه، وبه تعلم ما في كلام الشارح من عدم الانتظام، وكان عليه أن يقول: وشيخ فانٍ، لا صياح ولا نسل له، أو خرف فانٍ لا يعقل فلا يقتل، ولا إذا ارتد. والمراد بمن لا صياح له: من لا يحرض على القتال بصياحه عند التقاء الصفين. قوله: (ومقعد وزمن) وكذا من في معناها كيابس الشق ومقطوع اليمنى أو من خلاف، لكن نظر فيه الشرنبلالية بأنه لا ينزل عن رتبة الشيخ القادر على الإحبال أو الصياح اهـ.

قلت: ومثله يقال في المرأة والصبيّ والأعمى[١]. وقد يجاب بأنه يندفع ما يجلر

---

(١) اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قتل النساء والصبيان إذا لم يقاتلوا، والدليل على ذلك ما رواه الجماعة إلا النسائي عن عبد الله بن عمر قال: وُجِدَت امرأة مقتولة في بعض مغازي النبي ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان. واتفقوا أيضاً على أن من قاتل في صفوف الكفار جاز قتله سواء كان صبياً أو امرأة أو شيخاً أو راهباً أو غيرهم دفعاً لشره..

واختلفوا في الشيخ الفاني، والمقعد، والأعمى، والراهب في صومعته، وأهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس إذا لم يكن لهم في الحرب رأي.

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في قول له إلى عدم جواز قتلهم.

وذهب الشافعي في أظهر قوليه وابن حزم إلى جواز قتلهم.

استدل الجمهور بما يأتي.

ذا رأي) أو مال (في الحرب، ولو قتل من لا يحل قتله) ممن ذكر (فعليه التوبة والاستغفار فقط) كسائر المعاصي، لأن دم الكافر لا يتقوّم إلا بالأمان، ولم يوجد، ثم لا يتركونهم في دار الحرب، بل يحملونهم تكثيراً للفيء، وتمامه في السراج، وسيجيء [فرعان: الأول] لا بأس بحمل رأس المشرك لو فيه غيظهم وفيه فراغ قلبنا، وقد حمل ابن مسعود يوم بدر رأس أبي جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام، فقال النبيّ عليه الصلاة والسلام «اللَّهُ أَكْبَرُ، هَذَا فِرْعَوْنِي وَفِرْعَوْنُ أُمَّتِي، كَانَ شَرُّهُ عَلَيَّ وَعَلَى أُمَّتِي أَعْظَمَ مِنْ شَرِّ فِرْعَوْنَ عَلَى مُوسَى وَأُمَّتِهِ» ظهيرية. [الثاني] لا بأس بنبش قبورهم طلباً للمال. تاترخانية. وعبارة الخانية: «قبور الكفار» فمست اللمي (ولا) يحل للفرع أن (يبدأ أصله المشرك

الجوهرة العيني الملك بما إذا كان حاضراً. قوله: (في الحرب) متعلق براي ومال على تأويل المال بالإتفاق. قوله: (ثم لا يتركونهم الخ) أي ينبغي أن لا يتركوا من ذكر ممن لا يقتل، بل يحملونهم إلى دار الإسلام إذا كان بالمسلمين قوة على ذلك لما ذكر، ولئلا يولد لهم فيكون في تركهم عون على المسلمين، وكذلك الصبيان يبلغون فيقاتلون، وأما الشيخ الفاني الذي لا يقاتل ولا يلقح ولا رأي له: فإن شاءوا تركوه إذ لا نفع فيه للكفار، أو حملوه ليفادى به أسرى المسلمين على قول من يرى المفاداة، وعلى القول الآخر: لا فائدة في حمله؛ ومثله العجوز التي لا تلد. منح عن السراج ملخصاً. والمعتمد القول بالمفاداة كما سيذكره في الباب الآتي، وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا لا يتزوجون. بحر: أي ولا يخالطون، وبه وفق بعض المشايخ بين هذا ورواية أنهم يقتلون. أفاده القهستاني عن المحيط. قوله: (وسيجيء) أي في الباب الآتي. قوله: (وفيه فراغ قلبنا) أي باندفاع شره عنا لاشتهار قتله بذلك. قوله: (وقد حمل الخ) وكذا فعل عبد الله بن أنيس بسفيان بن عبد الله ومحمد بن مسلمة بكعب بن الأشرف، كما بسطه السرخسي وقال: عليه أكثر مشايخنا لو فيه غيظهم وفراغ قلبنا بأن يكون المقتول من قواد المشركين أو عظماء المبارزين اهـ. قوله: (وعبارة الخانية الخ) قال في النهر: ولم أر نبش قبور أهل الذمة ويجب أن يقال: إن تحقق ذلك ولم يكن له وارث إلا بيت المال جاز نبشه، ثم نقل ما في الخانية وقال: هذا يعم الذمي اهـ. لكن لا يخفى أن ما في الخانية ليس فيه التقييد بتحقق المال، بل الظاهر أن المراد عند توهم ذلك لأنه عند التحقق يجوز النبش في المسلم لحق آدمي كسقوط متاع أو تكفين بثوب مغصوب أو دفن مال معه ولو درهماً كما في جنائز البحر، فافهم. قوله: (أن يبدأ أصله المشرك) لأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه. عناية. والأولى

بقتل) كما لا يبدأ قريبه الباغي (ويمتنع الفرع) عن قتله، بل يشغله (لـ) ـلأجل أن (يقتله غيره) فإن فقد، قتله (ولو قتله فهدر) لعدم العاصم (ولو قصد الأصل قتله ولم يمكن دفعه إلا بقتله قتله) لجواز الدفع مطلقاً (ويجوز الصلح) على ترك الجهاد (معهم بمال) منهم أو منا (لو خيراً)

التعليل بأنه كان سبب إيجاده لما يأتي قريباً قيد بالبدء احترازاً عما لو قصد الأصل قتله كما يأتي، وبالأصل احترازاً عن الفرع المشرك وإن سفل، فللأب أن يبتدىء بقتله وكذا سائر القرابات كما في البحر والنهر، وعدل عن تعبير الكنز بالأب، لأن أمه وأجداده وجداته من قبل الأب والأم كالأب. قوله: (كما لا يبدأ قريبه الباغي) أشار إلى فائدة التقييد بالمشرك، وهي أنه لو كان المحارب باغياً لا يتقيد بكونه أصلاً، بل يعم الأخ وغيره. قال في البحر: لأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه لاتحاد الدين، فكذا بترك القتل اهـ.

قلت: ومفاده تقييد القريب بالرحم المحرم، لأنه لا يجب عليه أن ينفق على غيره، لكن يراد أنه يجب عليه الإنفاق على فرعه المشرك. ويجاب بأن ذلك في غير الحربي، لأنه لا يجب الإنفاق على الأصول والفروع الحربيين كما مر في بابه، لكن يلزم منه أن يكون له بدء أصله بالقتل، وأن لا يصح التعليل المار عن الهداية بأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق كما أورده في الحواشي السعدية. فالأولى التعليل بما ذكره في شرح السير أن الأب كان سبب إيجاده فلا يكون سبب إعدامه بالقصد إلى قتله كما قدمناه. قوله: (بل يشغله) أي بالمحاربة بأن يعرقب فرسه، أو يطرحه عنه أو يلجئه إلى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه، نهر. قوله: (فإن فقد قتله) أي إذا لم يكن ثمة غيره قتله، كذا قاله في النهر، ولم أره لغيره. وعبارة الزيلعي: وإن لم يكن ثمة من يقتله لا يمكنه من الرجوع، حتى لا يعود حرباً على المسلمين، ولكنه يلجئه إلى مكان يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله. قوله: (ولو قتله فهدر) أي باطل لا دية فيه ولا قصاص؛ نعم عليه التوبة والاستغفار كما في شرح الملتقى. قوله: (لجواز الدفع مطلقاً) أي ولو كان الأب مسلماً فإنه إذا أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقاً لدفع شره، فهنا أولى؛ ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت، وينبغي أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله تعالى أو رسوله بسوء أن يكون له قتله لما روي أن أبا عُبَيْدَة بْنَ الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبي ﷺ وشرف وكرم، فلم ينكر النبي ﷺ ذلك، كذا في الفتح. قوله: (بمال منهم) ويصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلت بهم فهو غنيمة نخمسها ونقسم الباقي. نهر. قوله: (أو منا) أي بمال نعطيه لهم إن خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين بأي طريق كان.

لقوله تعالى . وإن جنحوا للسلم فاجنح لها . (وتنبذ) أي تعلمهم بنقض الصلح تحرزاً عن الغدر المحرم (لو خيراً) لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة (ونقاتلهم بلا نبذ مع خيانة ملكهم) ولو بقتال ذي منعة بإذنه ولو بدونه انتقض حقهم فقط (و) نصالح (المرتدين لو غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار حرب) لو خيراً (بلا مال وإلا) يغلبوا على بلدة (لا) لأن فيه تقرير المرتدين على الردة وذلك : لا

نهر . قوله : (لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ﴾ [الأنفال : ٦١] أي مالوا قال في المصباح والسلم بالكسر والفتح : الصلح ، يذكر ويؤنث ، والآية مقيدة برؤية المصلحة إجماعاً لقوله تعالى . ﴿وَلَا تَهِنُوا[1] وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنْتُمُ الْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد : ٣٥] أفاده في الفتح . قوله : (أي تعلمهم بنقض الصلح) أفاد شرطاً زائداً على المتن ، وهو إعلامهم به لأن نبذ العهد نقضه ، لكن لا يجوز قتالهم أيضاً حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، حتى لو كانوا خرّبوا حصونهم للأمان ، وتفرقوا في البلاد فلا بد أن يعودوا إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم كما كانت توقياً عن الغدر ؛ وهذا لو نقض قبل مضيّ المدة ، أما لو مضت فلا ينبذ إليهم . ولو كان الصلح بجعل فنقضه قبل المدة رد عليهم بحصته لأنه مقابل بالأمان في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الأمان فيه . زيلعي . قوله : (لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة) تبع فيه الهداية ، ورده الكمال حيث قال : وأما استدلالهم بأنه ﷺ نقض الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، فالأليق جعله دليلاً لقوله الآتي : (وإن بدءوا بخيانة قاتلهم) ، ولم ينبذ إليهم إذا كان بتفاقهم ، لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، وإنما قلنا هذا لأنه ﷺ لم يبدأ أهل مكة ، بل هم بدءوا بالغدر قبل مضيّ المدة فقاتلهم ، ولم ينبذ إليهم بل سأل الله تعالى أن يعمي عليهم حتى يبغتهم ، هذا هو المذكور لجميع أهل السير والمغازي ، وتمامه في ح . قوله : (ولو بقتال) أي ولو كانت خيانة ملكهم بقتال أهل منعة بإذنه : أي لا فرق بين قتاله بنفسه أو بقتال بعض أتباعه بإذنه . قوله : (انتقض حقهم فقط) أي حق المقاتلين ذوي المنعة بلا إذن ملكهم . قال الزيلعي : فلا ينتقض في حق غيرهم . لأن فعلهم لا يلزم غيرهم وإن لم يكن لهم منعة لم يكن نقضاً للعهد اهـ : أي بأن قاتل واحد منهم مثلاً ثم ترك القتال يبقى عهده . قوله : (بلا مال) أي بلا أخذه منهم لأنه في معنى الجزية : وهي لا تقبل منهم . نهر . ولم يذكر صلحهم على أخذهم المال منا ، ولا شك في جوازه عند الضرورة كما في أهل الحرب ، ولكن هل يلزم إعلامهم بنقض العهد قبل انقضاء مدته أم لا لكونهم يجبرون على الإسلام بخلاف أهل

(١) في ط «قوله ولا تهنوا والتلاوة» فلا تهنوا وأما الآية فلا فيها . ولا تهنوا . ففي آية أخرى .

يجوز. فتح (وإن أخذ) المال (منهم لم يرد) لأنه غير معصوم، بخلاف أخذه من بغاة فإنه يردّ بعد وضع الحرب أوزارها. فتح (ولم نبع) في الزيلعي: يحرم أن نبيع (منهم ما فيه تقويتهم على الحرب) كحديد وعبيد وخيل (ولا نحمله إليهم ولو بعد صلح) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك، وأمر بالميرة وهي الطعام والقماش، فجاز استحساناً (ولا نقتل من أمنه حر أو حرة ولو فاسقاً) أو أعمى أو

الحرب؟ فيراجع. قوله: (لأنه غير معصوم) لأنه يصير فيئاً للمسلمين إذا ظهروا. فتح. قوله: (بعد وضع الحرب أوزارها) أي أثقالها، والمراد بعد انتهائها وإنما يرد عليهم، لأنه ليس فيئاً، إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم. فتح. قوله: (ولم نبع الخ) أراد به التمليك بوجه كالهبة. قهستاني. بل الظاهر أن الإيجار والإعارة كذلك، أفاده الحموي، لأن العلة منع ما فيه تقوية على قتالنا كما أفاده كلام المصنف. قوله: (يحرم) أي يكره كراهة تحريم. قهستاني. قوله: (كحديد) وكسلاح مما استعمل للحرب، ولو صغيراً كالإبرة، وكذا ما في حكمه من الحرير والديباج، فإن تمليكه مكروه لأنه يصنع منه الراية. قهستاني. قوله: (وعبيد) لأنهم يتوالدون عندهم فيعودون حرباً علينا مسلماً كان الرقيق أو كافراً. قوله: (ولا نحمله إليهم) أي لبيع ونحوه فلا بأس لتاجرنا أن يدخل دارهم بأمان ومعه سلاح لا يريد بيعه منهم إذا علم أنهم لا يتعرضون له، وإلا فيمنع عنه كما في المحيط. قهستاني. وفي كافي الحاكم: لو جاء الحربي بسيف فاشترى مكانه قوساً أو رمحاً أو ترساً لم يترك أن يخرج، وكذا لو استبدل سيفه سيفاً خيراً منه فإن كان مثله أو دونه لم يمنع، والمستأمن كالمسلم في ذلك إلا إذا خرج بشيء من ذلك فلا يمنع من الرجوع به اهـ. نهر. قوله: (ولو بعد صلح) تعميم للبيع والحمل. قال في البحر: لأن الصلح على شرف الانقضاء أو النقض. قوله: (فجاز استحساناً) أي اتباعاً للنص، لكن لا يخفى أن هذا إذا لم يكن بالمسلمين حاجة إلى الطعام فلو احتاجوه لم يجز. قوله: (ولا نقتل من أمنه الخ) أي إذا أمن رجل حرّ أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة: صح أمانهم، ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «المُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ»[1] أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع «ويسعى بذمتهم أدناهم» أي أقلهم عدداً وهو الواحد، وتمامه في الفتح. فهو مشتق من الأدنى الذي هو الأقل كقوله تعالى: ﴿وَلَا أَدْنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَا أَكْثَرَ﴾ [المجادلة: ٧] فهو تنصيص على صحة أمان الواحد، أو من الدنو وهو القرب كقوله تعالى: ﴿فَكَانَ قَابَ قَوْسَيْنِ أَوْ

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١/ ١٢٢ وأبو داود (٤٥٣٠) والنسائي ٨/ ٢٤.

فانياً أو صبياً أو عبداً أذن لهما في القتال (بأي لغة كان) الأمان (وإن كانوا لا يعرفونها بعد معرفة المسلمين) ذلك (بشرط سماعهم) ذلك من المسلمين فلا أمان لو كان بالبعد منهم، ويصح بالتصريح كأمنت أو لا بأس عليكم،

أقربه [النجم ٩] فهو دليل على صحة أمان المسلم في غير بقرب العدو، أو من لا عامة فهو تنصيص على صحة أمان الفاسق. أفاده السرخسي

مَبْحَثُ الأمانِ(1)

قوله: (أذن لهما في القتال) أي إذا كان الصبي والعبد مأذونين في القتال صح أمانهما في الأصح اتفاقاً. قهستاني عن الهداية. خلافاً لما نقله ابن الكمال عن الاختيار. در منتقى. قوله: (بعد معرفة المسلمين ذلك) أي كون ذلك اللفظ أماناً.

قلت: والظاهر أن الشرط معرفة المتكلم به، وإذا ثبت الأمان به ثبت في حق غيره أيضاً من المسلمين ولو لم يعرف معناه، فافهم. قوله: (فلا أمان لو كان بالبعد منهم) أشار إلى أن المراد السماع ولو حكماً لما نقله ط عن الهندية: لو ناداهم من

(1) الأمان جائز بالكتاب والسنة:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ الآية. ومعناه: وإن طلب أحد من المشركين الذين لا عهد بينك وبينهم، وطلب أمانك وجوارك فأمنه حتى يسمع كلام الله ويتدبره ويعرف حقيقة الإسلام، ثم أبلغه بعد ذلك مكاناً يأمن فيه على نفسه، ووجه الدلالة: أن الله أذن لنبيه عليه الصلاة والسلام في إعطاء الأمان لمن طلبه واستجار به، والاستجارة في الآية عامة تتناول الاستجارة لسماع الكلام والتجارة وسماع كلام الله وغير ذلك من الأسباب التي تحمل على طلب الأمان. وأما قوله سبحانه وتعالى: ﴿حتى يسمع كلام الله﴾ فهو إشارة إلى الغاية المقصودة من إعطاء الأمان، وذلك لأنه إذا دخل بلاد المسلمين وأقام بينهم سمع منهم كلام الله، وعرف محاسن الدين، وكثيراً ما يكون ذلك سبباً لإسلامه.

وأما السنة: فما رواه البخاري عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين». والذمة معناها العهد والأمان والحرمة، وقوله: «يسعى بذمتهم أدناهم» أي: يتحملها ويعقدها مع الكفار أدناهم، وقوله: «فمن أخفر مسلماً» أي: نقض عهده، ووجه الدلالة أن الحديث جعل حق الأمان لجميع المسلمين فمن أعطى منهم الأمان نفذ ووجب على الجميع احترامه والوفاء به، فيستدل به على مشروعية الأمان في كل الأحوال التي ليس فيها ضرر على المسلمين.

ذهب الشافعية إلى أن مدة الأمان عند قوة المسلمين لا تزيد على أربعة أشهر على المعتمد، وعند ضعفهم يجوز إلى عشر سنين؛ لأنه في معنى الهدنة.

وعند الحنفية يصح إلى مدة تقل عن سنة، ولا يتركونه سنة بدون جزية بعد إعلام الإمام له بذلك. واستدلوا بأن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية؛ لأنه يصير عيناً لهم وعوناً علينا، فتلحق المضرة بالمسلمين، ويمكن من الإقامة اليسيرة؛ لأن في منعها قطع الميرة والجلب وباب التجارة، ففصل بينهما بسنة؛ لأنها مدة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية.

ولم أر للمالكية في مقدار مدة الأمان نصاً، والحنابلة كالشافعية.

وبالكتابة كتمال إذا ظنه أماناً، وبالإشارة بالأصبع إلى السماء، ولو نادى المشرك بالأمان صح لو ممتنعاً وصح طلبه لذراريه لا لأهله

موضع يسمعون وعلم أنهم لم يسمعوا بأن كانوا نياماً أو مشغولين بالحرب فذلك أمان.

قوله: (كتمال) قال السرخسي: استدل عليه محمد بحديث عمر رضي الله تعالى عنه «أَيُّمَا رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَشَارَ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْعَدُوِّ أَنْ تَعَالَ فَإِنَّكَ إِنْ جِئْتَ قَتَلْتُكَ فَأَتَاهُ فَهُوَ آمِنٌ» وتأويله إذا لم يفهم أو لم يسمع قوله إن جئت قتلتك، أما لو علم وسمع فهو فيء. قوله: (إلى السماء) لأن فيه بيان إني أعطيتك ذمة إله السماء سبحانه وتعالى أو أنت آمن بحقه. سرخسي. قوله: (ولو نادى المشرك) بالرفع على الفاعلية: أي لو طلب المشرك الأمان منا صح لو ممتنعاً: أي في موضع يمنعه عن وصولنا إليه. قال في البحر: وإن كان في موضع ليس بممتنع وهو ماد سيفه أو رمحه فهو فيء اهـ.

قلت: ومفاده أنه إذا كان ممتنعاً يصير آمناً بمجرد طلبه الأمان وإن لم نؤمنه، وليس كذلك، بل حتى إذا ترك منعته وجاء إلينا طالباً، ففي شرح السير: ولو كان في منعة بحيث لا يسمع المسلمون كلامه ولا يرونه فانحط إلينا وحده بلا سلاح، فلما كان بحيث نسمعه نادى بالأمان، فهو آمن، بخلاف ما إذا أقبل مادّاً سيفه مادّاً برمحه نحونا فلما قرب استأمن فهو فيء، لأن البناء على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته جائز، ولو في إباحة الدم كما لو دخل بيته إنسان ليلاً، ولم يدر أنه سارق أو هارب، فلو عليه سيما اللصوص له قتله، وإلا فلا اهـ.

قال: والحاصل أن من فارق المنعة عند الاستئمان فإنه يكون آمناً عادة، والعادة تجعل حكماً إذا لم يوجد التصريح بخلافه، ولو وجدنا حربياً في دارنا فقال: دخلت بأمان لم يصدق، وكذا لو قال: أنا رسول الملك إلى الخليفة، إلا إذا أخرج كتاباً يشبه أن يكون كتاب ملكهم، وإن احتمل أنه مفتعل، لأن الرسول آمن كما جرى به الرسم جاهلية وإسلاماً، ولا نجد مسلمين في دارهم ليشهدا له، فلو لم يصحبه دليل ولا كتاب فأخذه مسلم فهو فيء لجماعة المسلمين عند أبي حنيفة، كمن وجد في عسكرنا في دار الحرب فأخذه واحد، لكنه هناك يخمس رواية واحدة، وهنا فيه روايتان، وعند محمد: هو فيء لمن أخذه كالصيد والحشيش. وفي إيجاب الخمس فيه روايتان عن محمد أيضاً اهـ. ملخصاً. قوله: (وصح طلبه الخ) هذا غلط، وعبارة البحر: لو طلب الأمان لأهله لا يكون هو آمناً، بخلاف ما إذا طلب لذراريه فإن يدخل تحت الأمان اهـ. فإنها صريحة في أنه يصح طلب الأمان لأهله وذراريه جميعاً في غير أنه لا يدخل في الأول، ويدخل في الثاني اهـ ح.

قلت: وظاهره أن الكلام فيما لو قال آمنوا أهلي أو قال آمنوا ذراري فيدخل

ويدخل في الأولاد أولاد الأبناء لا أولاد البنات، ولو غار عليهم عسكر آخر ثم

الغالب في الثاني دون الأول، ووجه الفرق خفي، أما لو قال أمنوني على أهلي أو على ذراري أو على متاعي، أو قال أمنوا على عشرة من أهل الحصن دخل هو أيضاً، لأنه ذكر نفسه بضمير الكناية وشرط ما ذكره معه، لأن «على» للشرط لما نص على ذلك السرخسي مع فروع أخر ذكرت بعضها ملخصة فيما علقته على البحر.

مَطْلَبٌ: لَوْ قَالَ عَلَى أَوْلَادِي فَفِي دُخُولِ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ رِوَايَتَانِ

قوله: (ويدخل في الأولاد أولاد الأبناء الخ) أي لو قال أمنوني على أولادي دخل فيه أولاده لصلبه، وأولادهم من قبل الذكور دون أولاد البنات، لأنهم ليسوا بأولاده، هكذا ذكر محمد هاهنا. وذكر الخصاف عن محمد أنهم يدخلون لقوله عليه الصلاة والسلام حين أخذ الحسن والحسين «أولادنا أكبادنا»[1]. ووجه الرواية الأولى: أن هذا مجاز بدليل قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] أو هو خاص بأولاد فاطمة، كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «كُلُّ الأَوْلَادِ يَنْتَمُونَ إِلَى آبَائِهِمْ، إِلَّا أَوْلَادَ فَاطِمَةَ فَإِنَّهُمْ يَنْتَمُونَ إِلَيَّ، أَنَا أَبُوهُمْ» لكنه حديث شاذ، وهو مخالف لما تلونا.

مَطْلَبٌ: لَوْ قَالَ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ

ولو قال على أولاد أولادي دخل أولاد البنات، لأن اسم ولد الولد حقيقة لمن ولده ولدك، وابنتك ولدك، فما ولدته ابنتك يكون ولد ولدك حقيقة، بخلاف الأول، لأن ولدك من حيث الحكم من ينسب إليك، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنت. سرخسي. وذكر في الذخيرة أن فيه روايتين أيضاً، وسيأتي تمام تحقيق ذلك في الوقف إن شاء الله تعالى.

مَطْلَبٌ فِي دُخُولِ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ فِي الذُّرِّيَّةِ رِوَايَتَانِ

تنبيه: سكت الشارح عن دخول أولاد البنات في الذراري مع البحر: أن فيه روايتين أيضاً، وكذا قال السرخسي، وذكر وجه رواية عدم الدخول أن أولاد البنات من ذرية آبائهم لا من ذرية قوم الأم، ووجه رواية الدخول أن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل، والأبوان أصلان للولد، ومعنى الأصلية والتولد في جانب الأم أرجح، لأن الولد يتولد منها بواسطة ماء الفحل، ثم ذكر فيه حكاية[2]. قوله: (ولو غار عليهم) أي

---

(١) ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح السير الكبير كشف الخفا (١/ ٣٠٧)

(٢) في ط (قوله ثم ذكر فيه حكاية) حيث قال وفيه حكاية يحيى بن يعمر مع الحجاج أمر به ذات يوم، فأدخل عليه وهم بقتله، فقال له: «اقرأ علي آية من كتاب الله تعالى نصاً على أن العلوية من ذرية النبي ﷺ أو لأقتلك، ولا أريد قوله تعالى. ﴿ندع أبناءنا وأبناءكم﴾. فتلا قوله تعالى. ﴿ومن ذريته داود وسليمان - إلى أن قال: وزكريا ويحيى وعيسى﴾ ثم قال عيسى من ذرية نوح من قبل الأب أو من قبل الأم، فبهت الحجاج وبرئه

بعد القسمة علموا بالأمان فعلى القاتل الدية وعلى الواطىء المهر، والولد حرّ مسلم تبعاً لأبيه، وترد النساء والأولاد إلى أهلها: يعني بعد ثلاث حيض (وينقض الإمام) الأمان (لو) بقاؤه (شرًّا) ومباشره بلا مصلحة يؤدّب (وبطل أمان ذمي) إلا إذا أمره به مسلم. شمني (وأسير وتاجر وصبيّ وعبد محجورين عن القتال) وصحح محمد أمان العبد. وفي الخانية: خدمة المسلم مولاه الحربي أمان

على من أمنهم بعض العسكر الأول. قوله: (وعلى الواطىء المهر) أي مهر المثل ط. قوله: (والولد حر) أي من غير قيمة وهو مسلم أيضاً تبعاً لأبيه، كما في البحر. قوله: (يعني بعد ثلاث حيض) وفي زمان الاعتداد يوضعن على يد عدل، والعدل امرأة عجوز ثقة لا الرجل. بحر. قوله: (وينقض الإمام الأمان) ويعلمهم بذلك كما مر. قهستاني. قوله: (يؤدب) أي لو علم أنه منهيّ شرعاً، وإلا فجهله عذر في دفع العقوبة عنه. قهستاني. قوله: (إلا إذا أمره به مسلم) بأن قال له أمنهم فقال الذمي: قد أمنتكم أو أن فلاناً المسلم أمنكم فيصح في الوجهين: أما لو قال له المسلم: قل لهم إن فلاناً أمنكم فيصح في الوجه الثاني، لأنه أدّى الرسالة على وجهها، دون الأول، لأنه خالف لأنه إنشاء عقد منه وهو لا يملكه، بخلاف قول المسلم له أمنهم، لأن الذمي صار مالكاً للأمان بهذا الأمر، فيكون فيه بمنزلة مسلم آخر، وتمامه في شرح السرخسي. وصرح أيضاً بأنه يصح سواء كان الآمر أمير العسكر أو رجلاً غيره من المسلمين، لأن أمان الذمي إنما لا يصح لتهمة ميله إليهم، وتزول التهمة إذا أمره مسلم به؛ بخلاف ما لو أمره بالقتال إذ لا يتعين به معنى الخيرية في الأمان اهـ. وبه ظهر أن ما في الزيلعي وغيره من تقييد الآمر بكونه أمير العسكر قيد اتفاقي لأنه الأغلب، فافهم. قوله: (وأسير وتاجر) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافون، والأمان يختص بمحل الخوف. بحر. ثم نقل في البحر عن الذخيرة: أنه لا يصح أمانه في حق باقي المسلمين حتى كان لهم أن يغيروا عليهم، أما في حقه فصحيح، ويصير كالداخل فيهم بأمان فلا يأخذ شيئاً من أموالهم بلا رضاهم: وكذا معنى عدم صحة أمان العبد المحجور: أي في حق غيره، أما في حق نفسه فصحيح بلا خلاف اهـ.

قلت: والظاهر أن التاجر المستأمن كذلك.

تنبيه: ذكر في شرح السير: لو أمنهم الأسير ثم جاء بهم ليلاً إلى عسكرنا فهم فيء، لكن لا تقتل رجالهم استحساناً، لأنهم جاءوا للاستئمان لا للقتال كالمحصور إذا جاء تاركاً للقتال، بأن ألقى السلاح ونادى بالأمان فإنه يأمن القتل. قوله: (محجورين عن القتال) فلو مأذونين فيه صح في الأصح اتفاقاً، كما قدمنا. قوله: (وفي الخانية الخ) عبارتها: حربي له عبد كافر فأسلم العبد، ثم خدم مولاه، كانت الخدمة أماناً اهـ.

له (ومجنون وشخص أسلم ثمة ولم يهاجر إلينا) لأنهم لا يملكون القتال، والله أعلم.

باب المغنم وقسمته

في المغرب: الغنيمة ما نيل من الكفار عنوة والحرب قائمة، فتخمس وباقيها للغانمين. والفيء: ما نيل منهم بعد كخراج وهو لكافة المسلمين.

وفيه أن تعليلهم عدم جواز أمان الأسير والتاجر بأنهما مقهوران تحت أيديهم يقتضي عدم صحة هذا الفرع، فتأمل. اهـ. ح.

قلت: يظهر من قوله: كانت الخدمة أماناً على معنى كونها أماناً في حق العبد نفسه، لا في حق باقي المسلمين، نظير ما قدمناه عن الذخيرة في الأسير والعبد المحجور، ويدل عليه تعبير الخانية بالحربي، أي في دار الحرب من غير ذكر خروج ولا قتال، بل المسألة ذكرها في الخانية في فصل إعتاق الحربي العبد المسلم، فافهم، والله أعلم.

باب المغنم وقسمته(1)

لما ذكر القتال وما يسقطه شرع في بيان ما يحصل به. قوله: (والفيء ما نيل منهم بعدها) أي بعد الحرب فهذا لا يشمل هدية أهل الحرب بلا تقدم قتال.

---

(1) الحكمة في حل الغنائم أن المجاهدين لما خرجوا عن أموالهم وأولادهم وتركوا الأوطان لأجل ... رغبة في الجهاد في سبيل الله ونشر دينه وإعلاء كلمته، وعرضوا أنفسهم لركوب الأخطار واستقبال الموت من أنواعه المختلفة، تفضل الله عليهم بإباحة الغنائم لهم تقوية لعزائمهم، وحفزاً لهممهم، ونشاطاً لهم على الجهاد، وكسراً لشوكة الكفار، وإذلالاً لهم بقتلهم وأسرهم وسلب ما يتمتعون به من نعم الله ونزعها عنهم، لأنهم لم يقوموا بشكرها، وإيذاناً بأنهم ليسوا أهلاً لها لتمردهم واستكبارهم عن عبادته.

وقد علم أن الغنيمة كانت محرمة في الشرائع السابقة، وإنما أبيحت لأمة محمد ﷺ خاصة، قال تعالى في سورة الأنفال: ﴿فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً﴾ وعلمت ميزة هذا التفضيل على لسان الرسول عليه الصلاة والسلام، وذلك في الحديث الذي رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «فضلت على الأنبياء بست: أعطيت جوامع الكلم، ونصرت بالرعب، وأحلت لي الغنائم، وجعلت لي الأرض طهوراً ومسجداً، وأرسلت إلى الخلق كافة، وختم بي النبيون» وروى البخاري عن همام بن منبه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «غزا نبي من الأنبياء فقال لقومه: لا يتبعني رجل ملك بضع امرأة وهو يريد أن يبني بها ولما يبن بها، ولا أحد بنى بيوتاً ولم يرفع سقوفها، ولا أحد اشترى غنماً أو خلفات وهو ينتظر ولادها، فغزا فدنا من القرية صلاة العصر أو قريباً من ذلك، فقال للشمس: إنك مأمورة وأنا مأمور، اللهم احبسها علينا، فحبست حتى فتح الله عليه، فجمع الغنائم، فجاءت يعني النار لتأكلها فلم تطعمها، فقال: إن فيكم غلولاً، فليبايعني من كل قبيلة رجل، فلزقت يد رجل بيده، فقال: فيكم الغلول فلتبايعني قبيلتك، فلزقت يد رجلين أو ثلاثة بيده، فقال: فيكم الغلول، فجاؤوا برأس مثل رأس بقرة من الذهب، فوضعوها فجاءت النار فأكلتها، ثم أحل الله لنا الغنائم، رأى ضعفنا وعجزنا فأحلها لنا».

وبهذه الآية والأحاديث أصبحت الغنائم في الإسلام حلال الحل، ويبين قسمتها قوله تعالى: ﴿واعلموا ←

(إذا فتح الإمام بلدة صلحاً جرى على موجبه، وكذا من بعده) من الأمراء (وأرضها تبقى مملوكة لهم ولو فتحها عنوة) بالفتح: أي قهراً

مطلبٌ: بيانُ معنى الغنيمةِ والفيءِ

قال في الهندية: الغنيمة اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة، والفيء: ما أخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية. وفي الغنيمة الخمس دون الفيء، وما يؤخذ منهم هدية أو سرقة أو خلسة أو هبة، فليس بغنيمة، وهو للآخذ خاصة.

قلت: لكن في شرح السير الكبير: لو وادع الإمام قوماً من أهل الحرب سنة على مال دفعوه إليه جاز لو خيراً للمسلمين، ثم هذا المال ليس بفيء ولا غنيمة حتى لا يخمس، ولكنه كالخراج يوضع في بيت المال، لأن الغنيمة اسم لمال مصاب بإيجاف الخيل والركاب، والفيء اسم لما يرجع من أموالهم إلى أيدينا بطريق القهر، وهذا رجع إلينا بطريق المراضاة، فيكون كالجزية، والخراج يوضع في بيت المال اهـ. ومقتضاه أن ما أخذ بالقتال والحرب غنيمة، وما أخذ بعده مما وضع عليهم قهراً كالجزية والخراج: فيء، وما أخذ منهم بلا حرب ولا قهر كالهدية والصلح فهو: لا غنيمة ولا فيء، وحكمه حكم الفيء لا يخمس ويوضع في بيت المال، فتأمل. قوله: (إذا فتح الإمام بلدة صلحاً) ويعتبر في صلحه الصلح الخراجي والعشري، فإن كان صلحهم خراجياً صالحهم على الخراج، وإلا فعلى العشر. أفاده القهستاني ط. قوله: (وكذا من بعده) فلا يغيره أحد؛ لأنه بمنزلة نقض العهود ط. قوله: (أي قهراً) كذا في الهداية. واتفق الشارحون على أن هذا ليس تفسيراً له لغة، لأنها من عنا يعنو عنوة: ذل وخضع، لكن نقل في البحر عن القاموس أن العنوة: القهر. واعترضه في النهر بأن صاحب القاموس لا يميز بين الحقيقي والمجازي، بل يذكر المعاني جملة: أي يذكر المعاني الاصطلاحية مع اللغوية بلا تمييز.

قلت: لكن نقل صاحب النهر في أول باب العشر والخراج عن الفارابي، أنه من

= أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ الآية. بياناً لطرق قسمتها.

أما دليل مشروعيته فما صح في أحاديث متعددة من أن النبي ﷺ فعله مع صحابته في وقائع شتى. منها ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ كان ينفل بعض من يبعث من السرايا لأنفسهم خاصة سوى قسم عامة الجيش، وعنه أن النبي ﷺ بعث سرية قبل نجد فخرجت فيها، فبلغت سهماننا اثني عشر بعيراً، ونفلنا رسول الله ﷺ بعيراً بعيراً. متفق عليهما. وما روي عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ كان ينفل في البدأة الربع، وفي الرجعة الثلث. رواه أحمد وابن ماجه والترمذي، وقد تضمنت هذه الأحاديث كلها بالقسمة. وقد نزل به قبل أن يرى بعض العلماء لقوله تعالى ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ والمراد أن الحكم فيها يرجع إلى الله ورسوله، فحكم فيها النبي ﷺ بما يراه.

(قسمها بين الجيش) إن شاء **(أو أقر أهلها عليها بجزية)** على رؤوسهم **(وخراج)** على أراضيهم والأول أولى عند حاجة الغانمين **(أو أخرجهم منها وأنزل بها قوماً غيرهم ووضع عليهم الخراج)** والجزية **(لو)** كانوا **(كفاراً)** فلو مسلمين وضع العشر لا غير

الأضداد، يطلق على الطاعة والقهر، وكذا قال في المصباح: عنا يعنو عنوة: إذا أخذ الشيء قهراً، وكذا إذا أخذه صلحاً فهو من الأضداد، وفتحت مكة عنوة: أي قهراً اهـ. قوله: **(قسمها بين الجيش)** أي مع رؤوس أهلها استرقاقاً وأموالهم بعد إخراج خمسها لجهاته. فتح. قوله: **(أو أقر أهلها عليها)** أي منّ عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم، ووضع الجزية على الرؤوس، والخراج على أراضيهم من غير نظر إلى الماء الذي تسقى به: أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار، أو ماء الخراج كالأنهار التي شقتها الأعاجم، لأنه ابتداء التوظيف على الكافر؛ وأما المنّ عليهم برقابهم وأرضهم فمكروه، إلا أن يدفع إليهم من المال ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضي إلى أن يخرج الغلال، وإلا فهو تكليف بما لا يطاق؛ وأما المنّ عليهم برقابهم مع المال دون الأرض، أو برقابهم فقط، فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حرباً علينا. فتح. قوله: **(والأول أولى)** عبارة الاختيار قالوا: والأول أولى، وعبر في الفتح والبحر بقيل. قوله: **(ووضع عليهم الخراج)** أي على أرضهم. قوله: **(وضع العشر لا غير)** لأنه ابتداء وضع على المسلمين. منح.

تنبيه: للشرنبلالي رسالة سماها **(الدرة اليتيمة في الغنيمة)** حاصلها: أن تخيير الإمام بين ما ذكر مخالف لإجماع الصحابة على ما فعله عمر من عدم قسمة الأراضي بين الغانمين، وعدم أخذ الخمس منها كما نقله علماؤنا وأقرّوه[1].

(١) المال المغنوم من الكفار إما أن يكون عقاراً أو منقولاً، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز المنّ بالمنقول استقلالاً على الكفار بل يكون ملكاً للمسلمين يجب تخميسه كما ورد في قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾ الآية. وقال الحنفية: يجوز المنّ به تبعاً كأدوات الزراعة بالقدر الذي يهيئ لهم العمل في الأرض، وذلك لتوقف منفعة الأرض على الآلات. وسيأتي الكلام على كيفية قسمته عند الأئمة.

وأما العقار: فقد اختلفوا فيه على المذاهب الآتية: فالشافعية وأحمد في رواية عنه يرون أنه يجب قسمته بين الغانمين كالمنقول، ولا يجوز المنّ به على الكفار.

والمالكية وأحمد في رواية أخرى: يرون أن يترك لجميع المسلمين بعد أن يؤخذ خراجه ممن هو في يده ويصرف في مصالح المسلمين، ولا يختص أحد بملك شيء منه، وهذا عند المالكية في غير الدور، أما هي فالمعتمد أنها لا تقسم.

ويرى الحنفية أن الإمام مخير فيه بين القسمة على الغانمين وبين أن يمنّ به على أهله تمليكاً لهم في مقابل ضرب الجزية عليهم والخراج على الأرض، ويكونون أحراراً ذمة للمسلمين. ويرى الحنابلة في رواية ثالثة أن الإمام مخير بين قسمتها على الغانمين وبين وقفها على جميع المسلمين وضرب الخراج عليها. =

قالوا: وهي ظاهر المذهب.

استدل الشافعية بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ الآية فأضاف الغنيمة إلى الغانمين، وأخرج منها الخمس لأهله فبقيت الأخماس الأربعة للغانمين، وهذا حكم ما يحصل من الغنائم من أهل دار الحرب قل أو كثر عقاراً أو منقولاً، ولو جاز أن يدعى الخصوص في الأرض لجاز أن يدعى في غيرها فيبطل حكم الآية.

ثانياً: ما رواه أحمد ومسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أيما قرية أتيتموها فأقمتم بها فسهمكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله فإن خمسها لله ورسوله ثم هي لكم» وهذا الحديث صريح في أن أرض العنوة حكمها حكم سائر الأموال المغنومة، وأن خمسها لأهل الخمس، وأربعة أخماسها للغانمين، وما حصل من سيدنا عمر لم يكن حبساً لأرض العراق ابتداء بل قسمها بين الغانمين ثم استطاب نفوسهم في تركها للمسلمين يجمع بها أرزاقهم وأعطاهم.

واستدل المالكية بما رواه مالك رضي الله عنه قال: «بلغني أن بلالاً وأصحابه سألوا عمر في قسم الأرض المأخوذة عنوة فأبى ذلك عليهم، وكان بلال من أشد الناس عليه كلاماً، وزعم من حفظ ذلك أن عمر دعا عليهم فقال: اللهم اكفنيهم فلم يأت الحول وواحد منهم حي».

قالوا: ولم ينكر أحد من الصحابة على عمر، ووافقه عثمان وعلي في ذلك، وقد غنم عليه الصلاة والسلام غنائم وأراضي فلم ينقل أنه قسم منها إلا خيبر، ولعل ذلك لمصلحة اقتضت ذلك لم نعلمها، وهذا إجماع من السلف.

واستدل الحنفية بأن النبي ﷺ قسم أرض خيبر، ولم يقسم عمر أرض الشام والعراق بل أقر أهلها عليها وضرب عليها الخراج، ووافقه الصحابة، وقال عمر تبريراً لعدم قسمتها: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس بَبَّاناً ليس لهم من شيء ما فتحت علي قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها» فدل هذان التصرفان على أن الإمام مخير بين القسمة وبين إقرار أهلها عليها، وذلك تبعاً لما يراه من المصلحة

وقد قسم النبي ﷺ خيبر بين الغانمين، وتركها عمر لتكون عدة لمن بعده بما يؤخذ عليها من الخراج.

واستدل الحنابلة بأن كلاً من القسمة والوقف ثبت فيه الحجة عن النبي ﷺ فإنه قسم نصف خيبر، ووقف نصفها، وبأن عمر قال: «لولا آخر الناس لقسمت الأرض كما قسم رسول الله ﷺ خيبر» فقد وقف الأرض مع علمه بفعل النبي ﷺ فدل على أن فعله لم يكن متعيناً، كيف والنبي ﷺ قد وقف نصف خيبر، ولو كانت مستحقة للغانمين لم يقفها؟ قال أبو عبيد: تواترت الآثار في افتتاح الأرض عنوة بهذين الحكمين: حكم رسول الله ﷺ في خيبر حين قسمها، وبه أشار بلال وأصحابه في أرض الشام والزبير في أرض مصر، وحكم عمر في أرض السواد حين وقفها، وبه أشار علي ومعاذ على عمر، فدل هذا على أن النظر في المسألة إلى الإمام بما رأى فيه المصلحة فعله.

ورد على الشافعية أن دعوى الخصوص في الأرض لدليل قام عليه وهو فعل عمر رضي الله عنه مع موافقة الأصحاب له. لا يستدعي دعواه في غير الأرض لعدم الدليل عليه فلا يبطل حكم الآية كما يقولون.

وحديث أبي هريرة يرد عليه احتمال أن المصلحة إذ ذاك كانت تقضي بقسمتها بين الغانمين، ولما فهم ذلك عمر رضي الله عنه، ولم يقسم أرض العراق والشام، بل تركها وقفاً لجماعة المسلمين، وقول الشافعية إن عمر رضي الله عنه استطاب نفوس الغانمين الذين افتتحوا أرض السواد مدفوع بأنهم كانوا يقولون وهو يقول، حتى ظهرت حجته، ووافقه جمهور الصحابة، ومثل هذا لا يكون في الاستطابة وعدمها.

وقد يقال من جانب الشافعي: إن آية الأنفال وآية الحشر متواردتان على شيء واحد، وأن الجميع يسمى فيئاً وغنيمة، قال الشوكاني: «ولكنه يرد عليه أن ظاهر سوق آية الحشر أن الفيء غير الغنيمة، وأن له مصرفاً خاصاً، ولذلك فهم عمر أنها عمت الناس بقوله: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ ولا يتأتى عمومه —

(وقتل الأسارى) إن شاء إن لم يسلموا (أو استرقهم أو تركهم أحراراً ذمة لنا) إلا مشركي العرب والمرتدين كما سيجيء (وحرم منهم) أي إطلاقهم مجاناً ولو بعد إسلامهم. ابن كمال. لتعلق حق الغانمين، وجوّزه الشافعي لقوله تعالى. فإما منّا بعد وإما فداء. قلنا: نسخ بقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾

قلت: وقد يجاب بأن ما فعله عمر إنما فعله لأنه كان هو الأصلح إذ ذاك كما يعلم من القصة، لا لكونه هو اللازم، كيف وقد قسم ﷺ خيبر بين الغانمين، فعلم أن الإمام مخير في فعل ما هو الأصلح فيفعله. قوله: (وقتل الأسارى) بضم الهمزة وفتحها. قاموس. والسماع الضم لا غير، كما ذكره الرضي وغيره من المحققين: أي قتل الذين يأخذهم المقاتلون، سواء كانوا من العرب أو العجم فلا تقتل النساء ولا الذراري بل يسترقون لمنفعة المسلمين. قهستاني. قوله: (إن لم يسلموا) فلو أسلموا تعين الأسر. قوله: (أو استرقهم) وإسلامه لا يمنع استرقاقهم، ما لم يكن قبل الأخذ، كذا في الملتقى وشرحه. قوله: (ذمة لنا) أي حقاً واجباً لنا عليهم من الجزية والخراج، فإن الذمة الحق والعهد والأمان، ويسمى أهل الذمة لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم، كما قال ابن الأثير، وقد ظن أن المعنى ليكونوا أهل ذمة لنا. قهستاني. قوله: (إلا مشركي العرب والمرتدين) فإنهم لا يسترقون ولا يكونون ذمة لنا، بل إما الإسلام أو السيف. قوله: (كما سيجيء) أي في فصل الجزية. قوله: (قلنا نسخ الخ)

= لمن جاء من بعدهم (لا إذا بقيت الأرض متروكة للمسلمين؛ إذ لو استحقها المباشرون للقتال وقسمت بينهم توارثها ورثة هؤلاء، فكانت القرية أو البلد تصير إلى امرأة أو صبي صغير».

ونوقش مذهب المالكية القاضي بالوقف لا غير بأن قول عمر رضي الله عنه: «والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس بياناً ليس لهم من شيء ما فتحت عليّ قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكن أتركها خزانة لهم يقتسمونها» صريح في أن الإمام مخير بين القسمة وبين تركها محبوسة للمسلمين.

وما استدلوا به لا يدل على تعين الوقف، وإنما كان ما فعله عمر للمصلحة التي رآها، وليس فيه ما يدل على أن الحكم حتمي به كما هو صريح قوله المتقدم.

وقيل للحنفية: إن ما استدللتم به من فعل الرسول ﷺ والأصحاب صحيح، ودل على التخيير بين القسمة والترك بيد أهلها، ولكن بقي أن ذلك الترك يحتمل أن يكون على سبيل الملكية لأهلها كما تدعون، ويحتمل أن يكون وقفاً على جميع المسلمين وليس ملكاً لأحد منهم، كما أنه ليس ملكاً لأهلها كما يرى غيركم، وليس لكم دليل على أنها تترك ملكاً لأربابها فلم يتم لكم التدليل على مدعاكم، وهو أنها تترك ملكاً لهم، كيف وعبارة عمر صريحة في استبقائها رصداً لنوائب المسلمين وإعانة للذين يجيئون بعد؟ وهذا لا يقتضي ثبوت الملك لأهلها فيحتاج إلى دليل. قال في فتح الباري. «وقد اشتد نكير كثير من فقهاء الحديث لمقالة الكوفيين، وهي أنها تبقى ملكاً لمن كان بها من الكفرة».

وقد جاء في القرطبي قوله: «غير أن الكوفيين زادوا على ما فعل عمر، فإن عمر إنما وقفها على مصالح المسلمين، ولم يملكها لأهل الصلح، وهم قالوا: إن للإمام أن يملكها لأهل الصلح». الجهاد للدكتور شحاتة، والشوكاني ٨/ ١٢.

شرح مجمع (و) حرم (فداؤهم) بعد تمام الحرب، وأما قبله فيجوز بالمال لا بالأسير المسلم. درر وصدر الشريعة.

وقالا: يجوز، وهو أظهر الروايتين عن الإمام، شمني. واتفقوا أنه لا يفادي

أي بآية: ﴿اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [سورة التوبة: ٥] من سورة براءة فإنها آخر سورة نزلت. فتح.

وأما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام منّ على أبي عزّة الجمحي يوم بدر[١] فقد كان قبل النسخ، ولهذا لما أسره يوم أُحد قتله. وذكر محمد جواباً آخر، وهو أنه كان من مشركي العرب، ولا يؤسرون، فليس في المن عليه إبطال حق ثابت للمسلمين، ونحن نقول به فيهم وفي المرتدين، وإن رأى الإمام النظر للمسلمين في المن على بعض الأسارى، فلا بأس أيضاً؛ لأنه عليه الصلاة والسلام منّ على ثمامة بن أثال الحنفي بشرط أن يقطع الميرة عن أهل مكة، ففعل ذلك حتى قحطوا. شرح السير ملخصاً. وقد نقل في الفتح أن قول مالك وأحمد كقولنا، ثم أيد مذهب الشافعي بما مرّ من قصة الجمحي ونحوها، وقد علمت جوابه. قوله: (وحرم فداؤهم الخ) أي إطلاق أسيرهم بأخذ بدل منهم: إما مال، أو أسير مسلم، فالأول لا يجوز في المشهور، ولا بأس به عند الحاجة على ما في السير الكبير. وقال محمد: لا بأس به لو بحيث لا يرجى منه النسل كالشيخ الفاني كما في الاختيار. وأما الثاني فلا يجوز عنده، ويجوز عندهما، والأول الصحيح كما في الزاد، لكن في المحيط أنه يجوز في ظاهر الرواية، وتمامه في القهستاني. وذكر الزيلعي أيضاً عن السير الكبير: أن الجواز أظهر الروايتين عن أبي حنيفة، وذكر في الفتح أنه قولهما وقول الأئمة الثلاثة، وأنه ثبت عن رسول الله ﷺ في صحيح مسلم وغيره[٢]. «أَنَّهُ فَدَى رَجُلَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ بِرَجُلٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ، وَفَدَى بِامْرَأَةٍ نَاساً مِنَ الْمُسْلِمِينَ كَانُوا أُسِرُوا بِمَكَّةَ».

قلت: وعلى هذا فقول المتون حرم فداؤهم مقيد بالفداء بالمال عند عدم الحاجة، أما الفداء بالمال عند الحاجة أو بأسرى المسلمين فهو جائز. قوله: (بعد تمام الحرب الخ) عبارة الدرر وصدر الشريعة: وأما الفداء فقبل الفراغ من الحرب جاز بالمال لا بالأسير المسلم، وبعده لا يجوز بالمال عند علمائنا، ولا بالنفس عند الإمام، وعند محمد: يجوز، وعن أبي يوسف روايتان، وعند الشافعي: يجوز مطلقاً اهـ.

قلت: وهذا التفصيل خلاف الظاهر من كلامهم كما علمت، ولذا قال ابن كمال بعد ذكره نحو ما نقلناه عنهم: وهذا البيان ظاهر في عدم الفرق بين أن يكون ذلك قبل وضع الحرب أوزارها أو بعده اهـ. وتبعه في النهر. قوله: (واتفقوا أنه لا يفادي بنساء

---

(١) أخرجه البيهقي ٩/ ٦٥.

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٦٢ (٨/ ١٦٤١).

بنساء وصبيان وخيل وسلاح إلا لضرورة، ولا بأسير أسلم بمسلم أسير إلا إذا أمن على إسلامه (و) حرم (ردهم إلى دارهم) ثابت في نسخ الشرح تبعاً للدرر دون المتن تبعاً لابن الكمال، للعلم به من منع المن بالأولى (و) حرم (عقر دابة شق نقلها) إلى دارنا (فتذبح وتحرق) بعده، إذ لا يعذب بالنار إلا ربها (كما تحرق

وصبيان) إذ الصبيان يبلغون فيقاتلون والنساء يلدن فيكثر نسلهم. منح. وأهل المنع فيما إذا أخذ البدل مالاً، وإلا فقد جوزوا دفع أسراهم فداء لأسرانا، مع أنهم إذا ذهبوا إلى دارهم يتناسلون ط. قوله: (وخيل وسلاح) أي إذا أخذناهما منهم فطلبوا المفاداة بمال لم يجز أن نفعل، لأن فيه تقوية يختص بالقتال فيجوز من غيره ضرورة. منح ط. قوله: (إلا إذا أمن على إسلامه) أي وطابت نفسه بدفعه فداء، لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر. فتح.

تنبيه: في القنية: أراد في دار الحرب أن يشتري أساري وفيهم رجال ونساء وعلماء وجهال، فالأولى تقديم الرجال والجهال. قال: وجوابه إن كان منصوصاً من السلف فسمعاً وطاعة، وإلا فقضية الدليل تقديم النساء صيانة لأبضاع المسلمات.

قلت: والعلماء احتراماً للعلم اهـ. وعلل البزازي تأخير العالم لفضله لأنه لا يخدع، بخلاف الجاهل. در منتقى. وقد يقال: يقدم الرجال للانتفاع بهم في القتال ط. وهذا ظاهر فيما إذا اضطر إليهم، وإلا فصيانة الأبضاع مقدمة على ذلك للانتفاع. تأمل. قوله: (للعلم به) علة لسقوطه من المتن. قوله: (بالأولى) لأنه إذا حرم المن وهو الإطلاق يحرم الإطلاق مع الرد إلى الدار. قوله: (وحرم عقر دابة الخ) أي إذا أراد الإمام العود ومعه مواشي أهل الحرب ولم يقدر على نقلها إلى دارنا لا يعقرها كما نقل عن مالك، لما فيه من المثلة بالحيوان. فتح. وفي المغرب: عقر الناقة بالسيف: ضرب قوائمها. قوله: (قوله: إذ لا يعذب بالنار إلا ربها) علة لمفهوم قوله بعده: «وهو عدم إحراقها قبل الذبح» وفي صحيح البخاري: «فإنهُ لا يُعَذِّبُ بِهَا إلاَّ اللهُ»[1] وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال: كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثاً فألقيته في النار فقالت: سمعت أبا الدرداء يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لاَ يُعَذِّبُ بِالنَّارِ إلاَّ رَبُّ النَّارِ» فتح ملخصاً. ولا يرد هذا على ما مر من جواز حرق أهل الحرب عند قتالهم، لأن ذاك مقيد بما إذا لم يمكن الظفر بهم بدونه كما قدمناه عن شرح السير، فافهم. وأورد المحشي على جواز إحراقها بعد الذبح أنه يقتضي أن الميت لا يتألم مع أنه ورد أنه يتألم بكسر عظمه.

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٢٦٦ (٢٩٥٤).

أسلحة وأمتعة تعذر نقلها وما لا يحرق منها) كحديد (يدفن بموضع خفي) وتكسر أوانيهم وتراق أدهانهم مغايظة لهم (ويترك صبيان ونساء منهم شق إخراجها بأرض خربة حتى يموتوا جوعاً) وعطشاً للنهي عن قتلهم، ولا وجه إلى إبقائهم (وجد المسلمون حية أو عقرباً في رحالهم ثمة) أي في دار الحرب (ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية) قطعاً للضرر عنا (بلا قتل إبقاء للنسل). تاترخانية، وفيها: مات نساء مسلمات ثمة وأهل الحرب يجامعون الأموات يحرقن بالنار (ولا تقسم غنيمة ثمة إلا إذا قسم) عن اجتهاد أو لحاجة الغزاة فتصح أو (للإيداع)

قلت: قد يجاب بأن هذا خاص ببني آدم لأنهم يتنعمون ويعذبون في قبورهم، بخلاف غيرهم من الحيوانات، وإلا لزم أن لا ينتفع بعظمها ونحوه، ثم رأيت ط ذكر نحوه. قوله: (ولا وجه إلى إبقائهم) لئلا يعودوا حرباً علينا، لأن النساء من النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حرباً علينا. الولوالجية، واعترضه في الفتح بأن تركهم كذلك أشد من القتل المنهي عنه في حقهم، قال: اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة اهـ. وهو عجيب، فإن الولوالجي صرح بأن ذلك عند عدم إمكان الإخراج لا مطلقاً، والمسألة في المحيط أيضاً. بحر وفيه نظر، فإن مراد الفتح أن تركهم في أرض خربة بلا طعام ولا شراب أشد من القتل، فحيث لم يمكن إخراجهم فليتركوا في مكانهم بلا مباشرة السبب في إهلاكهم. قوله: (إبقاء للنسل) أي لتتناسل بعد رجوع عسكرنا فتؤذي أهل الحرب. قوله: (يحرقن بالنار) أي إذا لم يمكن دفنهن بمحل يخفى عليهم ولم تطل المدة بحيث يتفسخن ط.

مَطْلَبٌ فِي قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ

قوله: (ولا تقسم غنيمة ثمة) على المشهور من مذهب أصحابنا، لأنهم لا يملكونها قبل الإحراز؛ وقيل تكره تحريماً. در منتقى. قوله: (أو لحاجة الغزاة) وكذا لو طلبوا القسمة من الإمام وخشي الفتنة كما في الهندية عن المحيط. قوله: (فتصح) أي وتثبت الأحكام لا قبح، أي من حل الوطء والبيع والعتق والإرث، بخلاف ما قبل القسمة بدون اجتهاد أو احتياج، ولو بعد الإحراز بدارنا. قال في الدر المنتقى: والذي قرره في المنح كغيره أنه لا ملك بعد الإحراز بدارنا أيضاً إلا بالقسمة، فلا يثبت بالإحراز ملك لأحد، بل يتأكد الحق، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبداً بعد الإحراز لا يعتق، ولو كان له ملك ولو بشركة لعتق وحكم استيلاد الجارية بعد الإحراز قبل القسمة وبعدها سواء؛ نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاء أحدهم وعتقه للشركة الخاصة حيث كانوا قليلاً كمائة فأقل،

فتحل إذا لم يكن للإمام حمولة، فإن أبوا أهل يجبرهم بأجر المثل؟ روايتان، فإذا تعذر فإن بحال لو قسمها قدر كل على حمله قسم بينهم، وإلا فهو مما شق نقله وسبق حكمه (ولم تبع) الغنيمة (قبلها) لا للإمام ولا لغيره: يعني للتمول، أما لو باع شيئاً كطعام جاز. جوهرة (ورد) البيع (لو وقع) دفعاً للفساد فإن لم يمكن رد

وقيل كآبقين، والأولى تعويضه للإمام اهـ ملخصاً. وتمام الكلام فيه.

والحاصل كما في الفتح عن المبسوط: أن الحق يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ، وما دام الحق ضعيفاً لا تجوز القسمة اهـ. ويبتنى على هذا ما يأتي في المتن من عدم جواز البيع قبل القسمة، ومن استحقاق المدد لا من مات قبلها كما يأتي بيانه.

قلت: وهذا كله إذا لم يظهر عسكرنا على البلد، فلو ظهروا عليها وصارت بلد إسلام صارت الغنيمة محرزة بدارنا ويتأكد الحق فتصح القسمة كما يأتي التنبيه عليه قريباً. قوله: (فتحل) عبر بالحل وفيما قبله بالصحة، لأنه ليس المراد هنا قسمة التمليك بل الإيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرجعها منهم ويقسمها كما في الجوهرة وغيرها، فليست قسمة حقيقية حتى توصف بالصحة. قوله: (حمولة) بفتح الحاء: كل ما احتمل عليه من حمار وغيره، سواء كانت عليه أحمال أو لم تكن اهـ. قوله: (روايتان) قال في الفتح: والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا، وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب لأنها تصح للحاجة، وفي إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة اهـ. وقوله: يفعل هذا أي جبرهم بأجر المثل. قوله: (فإذا تعذر) أي القسم للإيداع بسبب عدم الإجبار على إحدى الروايتين أو لم يوجد عندهم حمولة على الرواية الأخرى قسمها بينهم حينئذ اهـ ح. قوله: (ولم تبع الغنيمة قبلها) أي قبل القسمة، سواء كان في دار الحرب أو بعد الإحراز في دارنا. شرنبلالية. لأنها لا تملك قبل القسمة كما علمت. قال في الفتح: وهذا ظاهر في بيع الغزاة، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لأنه مجتهد فيه: يعني أنه لا بد وأن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافاً فينعقد بلا كراهة مطلقاً اهـ. وبه يظهر ما في قوله: «لا للإمام ولا لغيره» قوله: «جوهرة» نص عبارتها: ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة، لأنه لا ملك لأحد فيها قبل ذلك، وإنما أبيح لهم بالطعام والعلف للحاجة، ومن أبيح له تناول شيء لم يجز له بيعه كمن أباح طعاماً لغيره اهـ. فقوله: وإنما أبيح لهم الخ، جواب سؤال تقديره: كيف لا يجوز البيع مع أنه يجوز لهم الانتفاع بالطعام والعلف كما يأتي؟ والجواب ظاهر، ولا يخفى أنه ليس المراد

ثمنه للغنيمة. خانية (ومدد لحقهم ثمة كمقاتل لا سوقي) وحربيّ أو مرتدّ أسلم ثمة (بلا قتال) فإن قاتلوا شاركوهم (ولا من مات ثمة قبل قسمة أو بيع، و) لو مات (بعد أحدهما ثمة أو بعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه) لتأكد ملكه. تاترخانية.

بيع شيء بطعام، وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك. قوله: (ومدد لحقهم ثمة) أي إذا لحق المقاتلين في دار الحرب جماعة يمدونهم وينصرونهم شاركوهم في الغنيمة، لما مرّ من أن المقاتلين لم يملكوها قبل القسمة. وذكر في التاترخانية أنه لا تنقطع مشاركة المدد لهم إلا بثلاث إحداها: إحراز الغنيمة بدارنا. الثانية: قسمتها في دار الحرب الثالثة. بيع الإمام لها ثمة، لأن المدد لا يشارك الجيش في الثمن اهـ. قال في الشرنبلالية: وتقييده بقوله: «ثمة» أي في دار الحرب، إشارة إلى أنه لو فتح العسكر بلداً بدار الحرب، واستظهروا عليه ثم لحقهم المدد لم يشاركهم لأنه صار بلد الإسلام، فصارت الغنيمة محرزة بدار الإسلام. نص عليه في الاختيار اهـ.

قلت: وكذا في شرح السير، وزاد أن مثله لو وقع قتال أهل الحرب في دارنا فلا شيء للمدد.

تنبيه: قال في البحر. وأفاد المصنف أن المقاتل وغيره سواء، حتى يستحق الجندي الذي لم يقاتل لمرض أو غيره، وأنه لا يتميز واحد على آخر بشيء حتى أمير العسكر، وهذا بلا خلاف، كذا في الفتح وفي المحيط. والمتطوع في الغزو وصاحب الديوان سواء. قوله: (لا سوقي) هو الخارج مع العسكر للتجارة. نهر. قوله: (أسلم ثمة) عائد على الحربي والمرتد، وأفرد الضمير للعطف بـ «أو»، وزاد في الفتح: التاجر الذي دخل بأمان ولحق العسكر وقاتل. قوله: (ولو مات بعد أحدهما) أي بعد القسمة أو البيع بناء على ما قدمناه عن الطحاوي من أن للإمام بيع الغنيمة. قوله: (أو بعد الإحراز بدارنا) قال في الدر المنتقى: وينبغي أن يزاد رابع هو التنفيل فسيجيء أنه يورث عنه وإن كان مات بدار الحرب وإن لم يثبت له الملك فيه؛ وفيها يلغز: أي مال يورث ولا يملكه مورثه؟ ولم أر من نبه على ذلك هنا فليحفظ اهـ.

قلت: وفي التاترخانية عن المضمرات: ومن مات في دار الحرب من الغانمين بعد القسمة أو الإحراز بدارنا أو بعد بيع الإمام الغنائم في دارنا أو في دار الحرب ليقسم الثمن بينهم أو بعد ما نفل لهم شيئاً مخصوصاً أو بعد ما فتح الدار وجعلها دار إسلام فإنه يورث نصيبه، وإن مات قبل واحد من هذه بعد إصابة الغنيمة لا يورث اهـ. والظاهر أنه يملك ما قبضه بالتنفيل ثمة، ففي كلام الدر المنتقى نظر، فتدبر. قوله: (لتأكد ملكه) علة لقوله: «أو بعد الإحراز بدارنا» فيورث نصيبه إذا مات في دارنا قبل القسمة للتأكد لا الملك، لأنه لا ملك قبل القسمة، وهذا لأن الحق المتأكد يورث

وفيها ادعى رجل شهود الوقعة وبرهن وقد قسمت لم تنقض استحساناً، ويعوض بقدر حقه من بيت المال، وما في البحر من قياس الوقف على الغنيمة رده في النهر، وحررناه في الوقف

كحق الرهن والرد بالعيب، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط. فتح. قوله: (استحساناً) لعل وجهه تعسر النقض.

مَطْلَبٌ فِي أَنَّ مَعْلُومَ الْمُسْتَحِقِّ مِنَ الْوَقْفِ: هَلْ يُورَثُ؟

قوله: (وما في البحر من قياس الوقف) أي غلة الوقف فإنه قال: إنهم صرحوا بأن معلوم المستحق لا يورث بعد موته على أحد القولين، ولم أر ترجيحاً وينبغي التفصيل، فمن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الإحراز بدارنا، وإن مات قبل الإحراز في يد المتولي لا يورث. قوله: (رده في النهر) حيث قال: أقول في الدرر والغرر عن فوائد صاحب المحيط: للإمام والمؤذن وقف فلم يستوفيا حتى ماتا سقط لأنه في معنى الصلة، وكذا القاضي، وقيل لا يسقط لأنه كالأجرة اهـ. وجزم في البغية بأنه يورث، بخلاف رزق القاضي. وأنت خبير بأن ما يأخذه القاضي ليس صلة كما هو ظاهر ولا أجراً، لأن مثل هذه العبادة لم يقل أحد بجواز الاستئجار عليها، بخلاف ما يأخذه الإمام والمؤذن، فإنه لا ينفك عنهما، فبالنظر إلى الأجرة يورث ما يستحق إذا استحق غير مقيد بظهور الغلة وقبضها في يد الناظر، وبالنظر إلى الصلة لا يورث وإن قبضه الناظر قبل الموت، وبهذا عرف أن القياس على الغنيمة غير صحيح، وسيأتي لهذا مزيد بيان في الوقف إن شاء الله تعالى اهـ.

أقول: لم يف بما وعد من بيانه في الوقف، وقوله: إن ما يأخذه القاضي ليس صلة، تخالف لما في الهداية وغيرها قبيل باب المرتد كما سيأتي، نعم ما يأخذه الإمام ونحوه فيه معنى الصلة ومعنى الأجرة، والظاهر أن ذلك منشأ الخلاف المحكي في الدرر، لكن ما جزم به الغنية[1] يقتضي ترجيح جانب الأجرة، وهو ظاهر، لا سيما على ما أفتى به المتأخرون من جواز الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم، وعلى هذا مشى الإمام الطرسوسي في: «أنفع الوسائل» على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات في أثناء السنة يعطى بقدر ما باشر ويسقط الباقي. قال: بخلاف الوقف على الأولاد والذرية، فإنه إذا مات مستحق منهم في حقه وقت ظهور الغلة، فإن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار ما يستحقه لورثته، وإلا سقط اهـ. وتبعه في

---

(١) في ط (قوله الغنية) هكذا بخطه بغين معجمة ثم نون، والذي مر بخطه «البغية» بموحدة فغين معجمة.

أي للغانمين لا غير (الانتفاع فيها) أي في دار الحرب (بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) أطلق الكل تبعاً للكنز.

الأشباه وأفتى به في الفتاوي الخيرية، فليكن العمل عليه من التفصيل. والفرق بين كون المستحق مثل المدرس أو من الأولاد، والله تعالى أعلم. ثم رأيت الشيخ إسماعيل في شرحه على الدرر نقل قبيل باب المرتد مثل ذلك عن المفتي أبي السعود، وأن المدرس الثاني يستحق الوظيفة من وقت إعطاء السلطان فتلحق الأيام التي قبل المباشرة بأيام المباشرة حيث كان الأخذ عن ميت لأنها من مبادئه أيام المباشرة كأيام التعطيل اهـ.

تنبيه: ظهر من كلام الطرسوسي أن معلوم المدرس ونحوه يورث عنه بقدر ما باشر وإلا لم تظهر الغلة وأن معلوم المستحق في وقف الذرية يورث عنه بموته بعد ظهور الغلة وإن لم يقبضها الناظر على خلاف ما مر عن البحر، وينبغي أن تكون الغلة بعد قبض الناظر لها ملكاً للمستحقين وإن لم تقسم حيث كانوا مائة فأقل، قياساً على الغنيمة إذا قسمت على الرايات قبل أن تقسم على الرؤوس، فقد مر قريباً أنها تملك بالشركة الخاصة.

فالحاصل: أن غلة الوقف بعد ظهورها تورث لأنه تأكد فيها حق المستحقين وبعد إحرازها بيد الناظر صارت ملكاً لهم وهي في يده أمانة لهم يضمنها إذا استهلكها وأمسكت بعد امتناعه عن قسمتها إذا طلبوا القسمة، وإذا كانت حنطة أو نحوها يصح شراء الناظر حصة أحدهم منه، هذا ما ظهر لي. ويؤيده ما سيأتي في الحوالة إن شاء الله تعالى عن البحر حيث جعل الحوالة على الناظر من المستحق كالحوالة على المودع، والله سبحانه أعلم. قوله: (أي للغانمين) أي لمن له سهم أو رضخ. شرنبلالية. ويأخذ الجندي ما يكفيه ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه. بحر. قوله: (لا غير) فخرج التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر، إلا أن يكون قد خبز الحنطة أو طبخ اللحم، فلا بأس به حينئذ لأنه ملكه بالاستهلاك ولو فعلوا لا ضمان عليهم. بحر. قوله: (بعلف) ولا بأس بعلف دوابه التبن إذا لم يوجد الشعير. در منتقى. قوله: (وطعام) أطلقه فشمل المهيأ للأكل وغيره حتى يجوز لهم ذبح المواشي، ويردون جلودها في الغنيمة. بحر. قوله: (ودهن) بالضم لما يدهن به أما بالفتح فهو مصدر، والأول هنا أولى لتناسق المعطوفات خلافاً للعيني، كما أفاده في النهر. والمراد بالدهن ما يؤكل لقول الزيلعي: إن ما لا يؤكل عادة لا يجوز لهم تناوله مثل الأدوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك اهـ. ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها جاز كما بحثه في الفتح وصرح به في المحيط. بحر. قوله:

وقيد في الوقاية السلاح بالحاجة، وهو الحق، وقيد الكل في النهر بعدم نهي الإمام عن أكله، فإن نهى لم يبح فينبغي تقييد المتون به (و) بلا (بيع وتمول) فلو باع رد ثمنه، فإن قسمت تصدق به لو غنيًا لا فقيرًا. ومن وجد مالاً يملكه أهل الحرب كصيد وعسل فهو مشترك فيتوقف بيعه على إجازة الأمير فإن هلك أو

(وقيد في الوقاية الخ) قال في الدر المنتقى: اعلم أنه ذكر في فتح القدير أن استعمال السلاح والكراع والفرس إنما يجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه. أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه إن تلف، وأما غير السلاح ونحوه مما مر كالطعام فشرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس، ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان، وبه قالت الأئمة الثلاثة، فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله اهـ ملخصاً. وهكذا ذكره في الشرنبلالية، ولا يخفى ترجيح الاستحسان هاهنا.

قلت: وهو ما اختاره الماتن: يعني صاحب الملتقى، وهو الحق كما علمت اهـ. قال في النهر: ولو احتاج الكل إلى السلاح والثياب قسمها حينئذ، بخلاف السبي إذا احتيج إليه ولو لتخدمه لكونه من فضول الحوائج اهـ. وفسر الحاجة بالفقر. قلت: والظاهر أنها أعم، إذ لو كان غنياً ولا يجد ما يشتريه فهو كذلك. قوله: (فإن نهى لم يبح) والحاصل منع الانتفاع بسلاح ودواب ودواء إلا لحاجة، وحل المأكول مطلقاً إلا لنهي الإمام، فالمنع مطلقاً كمنع استباحة الفرج مطلقاً، لأن الفرج لا يحل إلا بالملك، ولا ملك قبل الإحراز حقيقة ولو أمته المأسورة، بخلاف امرأته المأسورة ومدبرته وأم ولده إن لم يطأهن الحربي كما سيجيء، فليحفظ. در منتقى.

لكن في البحر ينبغي أن يقيد النهي عن المأكول والمشروب بما إذا لم تكن حاجة، فإن كانت لا يعمل نهيه اهـ. قوله: (وبلا بيع وتمول) أي لا ينتفع بالكل بالبيع في دار الحرب قبل القسمة أصلاً احتيج إليه أولاً، ولا تمول لعدم الملك، وإنما أبيح الانتفاع للحاجة، والمباح له لا يملك البيع. در منتقى. والمراد بالتمول أن يبقى ذلك الشيء عنده يجمعه مالاً له، ولذا قال القهستاني: وإذا استعمل السلاح ونحوه رده إلى المغنم. قوله: (رد ثمنه) أي إذا أجازه الإمام لأنه بيع الفضولي. نهر. قوله: (فإن قسمت) أي الغنيمة تصدق به. أي بالثمن لأنه لقلته لا تمكن قسمته فتعذر إيصاله إلى مستحقه فيتصدق به كاللقطة، كما في الفتح. قوله: (لو غنيا لا فقيرا) فلو فقيراً يأكله. بحر. قوله: (مالاً يملكه أهل الحرب) أي شيئاً غير مطعوم لهم لكن يختص منه ما يترك فيه الماء لما في البحر لو حش الجندي الحشيش في دار الحرب أو استقى الماء وباعه طاب له ثمنه. قوله: (فهو مشترك) أي بين الغانمين فلا يختص به الآخذ. بحر. قوله:

الثمن أنفع أجازه وإلا رده للقسمة. بحر (وبعد الخروج منها لا) إلا برضاهم (ومن أسلم منهم) قبل مسكه (عصم نفسه وطفله وكل ما معه) فإن كانوا أخذوا أحرز نفسه فقط (أو أودعه معصوماً) ولو ذمياً، فلو عند حربي ففيء، كما لو أسلم ثم خرج إلينا ثم ظهرنا على الدار فما له ثمة فيء سوى طفله لتبعيته (لا ولده الكبير وزوجته وحملها

(أجازه) أي وأخذ الثمن ورده في الغنيمة وقسمه بين الغانمين. بحر. قوله: (وإلا) صادق بصورتين. إحداهما لو كان المبيع قائماً. والثانية: لو كان المبيع أنفع من الثمن، وظاهره أنه فيهما يفسخ البيع ويرد المبيع للغنيمة، مع أنه إذا كان قائماً والثمن أنفع لهم أجازه كما في البحر، فيتعين حمل قوله: «أو الثمن أنفع» على معنى «أو قائماً والثمن أنفع». قوله: (وبعد الخروج منها) أي من دار الحرب (لا): أي لا ينتفع بشيء مما ذكر لزوال المبيح، ولأن حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبهم. بحر.

زاد في الكنز وغيره: وما فضل رده: أي والذي فضل في يده مما أخذه قبل الخروج من دار الحرب رده الآخذ إلى الغنيمة بعد الخروج إلى دارنا لزوال الحاجة التي هي مناط الإباحة، وهذا التعليل يفيد أنه لو كان فقيراً أكله بالضمان كما في المحيط؛ هذا كله قبل القسمة، أما بعدها فإن كان غنياً وكانت العين قائمة تصدق بها وبقيمتها لو هالكة، وإن كان فقيراً انتفع بها. نهر. قوله: (ومن أسلم منهم) أي في دار الحرب، لأن المستأمن إذا أسلم في دار الإسلام، ثم ظهرنا على دارهم فجميع ما خلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء، لأن التباين قاطع للعصمة والتبعية. بحر. قوله: (قبل مسكه) قيد به، لأنه لو أسلم بعده فهو عبد؛ لأنه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه. بحر. وقيد في البحر وتبعه في النهر بقبل خروجه وهو قوله: «ولم يخرج إلينا» وفيه كلام يأتي قريباً. قوله: (فإن كانوا أخذوا) أي قبل إسلامه. قوله: (أو أودعه معصوماً) قيد بالوديعة لأن ما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند الإمام، خلافاً لهما. بحر. قوله: (سوى طفله) كذا نقله في النهر عن الفتح، مع أنه في الفتح قال بعده: وما أودعه مسلماً أو ذمياً ليس فيئاً، فقد نظر إلى صدر كلامه المعروض ولم ينظر إلى عجزه، وستأتي المسألة في المستأمن متناً حيث قال: وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فطفله حر مسلم ووديعته مع معصوم له وغيره فيء، ومن ثم قال الزيلعي هناك: إن حكم المسألتين واحد، وبه ظهر أن تقييد البحر بقوله: «ولم يخرج إلينا» غير صحيح. قوله: (الكبير) لأنه كافر حربي، ولا تبعية، وكذا زوجته. بحر. ومفاده أن المراد بالكبير البالغ، وأن الصغير يتبعه ولو كان يعبر عن نفسه، خلافاً لما قيل إنه لا يتبعه في الإسلام، إلا إذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه كما قدمناه في الجنائز، وسنذكره أيضاً في فصل استئمان الكافر فافتهم ذلك، فإنه أخطأ فيه كثير. قوله: (وحملها) لأنه جزء منها

وعقاره وعبده المقاتل) وأمته المقاتلة وحملها، لأنه جزء الأم.

(حربي دخل دارنا بغير أمان) فأخذه أحدنا (فهو) وما معه (فيء) لكل المسلمين سواء (أخذ قبل الإسلام أو بعده) وقالا لآخذه خاصة، وفي الخمس روايتان. قنية. وفيها استأجره لخدمة سفره، فغزا بفرس المستأجر وسلاحه فسهمه بينهما، إلا إذا شرط في العقد أنه للمستأجر.

فصلٌ في كيفية القسمة

(المعتبر في الاستحقاق) لسهم فارس وراجل

فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره، بخلاف المنفصل، لأنه حرّ لانعدام الجزئية عند ذلك. بحر. قوله: (وعقاره) وكذا ما فيه من زرع لم يحصد، لأنه في يد أهل الدار، إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده إلا حكماً. نهر. قوله: (وعبده المقاتل) لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل داره. بحر. قوله: (قبل الإسلام أو بعده) لعله لانعقاد سبب الملك فيه للمسلمين، والإسلام لا يمنع الرقّ السابق عليه ط. قوله: (وقالا لآخذه) أي هو لمن أخذه خاصة، وقدمنا قبل هذا الباب عن شرح السير نسبة هذا القول لمحمد. قوله: (وفي الخمس) أي في وجوب الخمس روايتان عن الإمام وكذا عن محمد كما قدمناه. قوله. (استأجره لخدمة سفره الخ) هذه من مسائل الفصل الآتي، ووجهها غير ظاهر، فإن أجير الغازي للخدمة لا سهم له لأخذه على خروجه مالاً، إلا إذا قاتل وترك العمل كما في شرح السير؛ وفيه لو دخل دار الحرب فارساً ثم دفع فرسه لرجل ليقاتل عليه على أن سهم الفرس لصاحبه جاز، لأنه لو لم يشرط ذلك كان سهم فرسه له، ولو كان ذلك قبل الدخول فسهم الفرس لمن أدخله دار الحرب لأن السبب وهو الانفصال فارساً قد انعقد له ويكون لصاحب الفرس عليه أجر مثل فرسه اهـ. ملخصاً. فتأمل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

مَطْلَبٌ: مُخَالَفَةُ الأَمِيرِ حَرَامٌ

فصلٌ في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان الغنيمة شرع في بيان قسمتها، وأفردها بفصل لكثرة شعبها، وهو جعل النصيب الشائع معيناً. نهر. قال في الملتقى: وينبغي للإمام أن يعرض الجيش عند دخول دار الحرب، ليعلم الفارس من الراجل. قال في شرحه: وأن يكتب أسماءهم، وأن يؤمر عليهم من كان بصيراً بأمور الحرب وتدبيرها ولو من الموالي وعليهم طاعته لأن مخالفة الأمير حرام، إلا إذا اتفق الأكثر أنه ضرر فيتبع اهـ. قوله: (المعتبر في الاستحقاق) أي استحقاق الغانمين لأربعة أخماس الغنيمة[1]، لأن خمسها

---

(١) الأخماس الأربعة تتفق الفقهاء على أن المسلم المقاتل إذا كان راجلاً فله سهم واحد في الغنيمة. ..

(وقت المجاوزة) أي الانفصال من دارنا، وعند الشافعي وقت القتال (فلو دخل دار الحرب فارساً فنفق) أي مات (فرسه استحق سهمين ومن دخل راجلاً فشرى

بخرجه الإمام لله تعالى كما سيجيء. قال تعالى: ﴿قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ١] در منتقى. قوله: (وقت المجاوزة) برفع وقت على أنه خبر المبتدأ. قوله: (أي الانفصال من دارنا) أي مجاوزة الدرب، وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب. نهر. قوله: (فلو دخل دار الحرب فارساً) هو من معه فرس، ولو في سفينة كما في الشرنبلالية عن الاختيار وغيره لأنه تأهب للقتال على الفرس، والمتأهب للشيء كالمباشر له. قوله: (فنفق) كفرح ونصر: نفد وفني. قاموس ط. ويشمل ما لو قتل فرسه رجل وأخذ منه القيمة كما في البحر، ومثله ما لو أخذه العدو كما في شرح السير واحترز به عما لو باعه قبل القتال فإنه يستحق سهم راجل كما يأتي. قوله: (استحق سهمين) سهم لنفسه وسهم لفرسه، وهذا عنده، وعندهما ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه

– واختلفوا في نصيب الفارس، فذهب أكثر أهل العلم ومنهم الأئمة مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وغيرهم إلى أن للفارس له في الغنيمة ثلاثة أسهم: سهمان لفرسه، وسهم له.
وذهب أبو حنيفة والهادوية إلى أن للفارس سهمين: واحد له وواحد لفرسه.
استدل الجمهور بما روي عن النبي ﷺ أنه أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه. رواه أحمد وأبو داود.
وفي لفظ «أسهم للفرس سهمين وللرجل سهماً» متفق عليه، وفي لفظ «أسهم يوم حنين للفارس ثلاثة أسهم للفرس سهمان، وللرجل سهم» رواه ابن ماجه، وهذا الحديث قد فسره نافع فقال: إذا كان مع الرجل فرس فله ثلاثة أسهم، فإن لم يكن معه فرس فله سهم، والحكمة في تضعيف سهم الفرس واضحة، وهي أن الفرس تحتاج إلى مؤنة لخدمتها وعلفها، ولأن لها موقفاً عظيماً في قلوب الأعداء فيحصل لهم منها الرعب والخوف، لذلك جعل الشارع لها سهمين.
واستدل أبو حنيفة بما رواه أحمد وأبو داود عن مجمع بن جارية الأنصاري قال: قسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً، وقد نقل عن أبي حنيفة أنه قال: إنه يكره أن يفضل بهيمة على مسلم، وحمل حديث ابن عمر على التنفيل جمع من العلماء يرد على الحديث الذي استدل به أبو حنيفة أنه أخرجه أحمد عن أسامة وابن عمر معاً بلفظ «أسهم للفرس» وقد رواه علي بن الحسين بن شقيق بهذا اللفظ أيضاً، وقيل: إن إطلاق الفرس على الفارس مجاز مشهور، ومنه قولهم: يا خيل الله اركبي. وعلى كون الفرس هنا مستعملاً في حقيقته يمكن تأويله بأن المراد: أنه أسهم للفارس بسبب فرسه سهمين غير سهمه المختص به، وكما أشار إلى ذلك الحافظ ابن حجر، وأما قول أبي حنيفة رضي الله عنه: إنه يكره أن يفضل بهيمة على مسلم فهو مردود بأن السهام كلها في الحقيقة للرجل لا للبهيمة، فليس فيه تفضيل للبهيمة على الرجل، ولو سلم التفضيل فقد فضل الحنفية الدابة على الإنسان في بعض المواضع، فقالوا: لو قتل كلب صيد قيمته عشرة آلاف درهم أداها، ولو قتل عبداً مسلماً لم يؤد فيه إلا ما دون عشرة آلاف.
وأما حمل حديث الجمهور على التنفيل فهو جد بعيد؛ لأنه قد تقرر في الأصول أن التأويل إنما يكون في الدليل المرجوح لا في الدليل الراجح، ودليل الجمهور راجح

فرساً استحق سهماً، ولا يسهم لغير فرس واحد) صحيح كبير (صالح للقتال) فلو مريضاً إن صح قبل الغنيمة استحقه استحساناً لا لو مهراً فكبر. تاترخانية. وكأن الفرق حصول الإرهاب بكبير مريض لا بالمهر ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبه آخر أو نفر ودخل راجلاً ثم أخذه

سهمين، لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك على ما رواه البخاري وغيره، وحمله أبو حنيفة على التنفيل توفيقاً بين الروايات. ملتقى وشرحه. وإذا كان حديث في البخاري وحديث آخر في غيره ورجاله رجال الصحيح، أو رجال روى عنهم البخاري، كان الحديثان متساويين، والقول بأن الأول أصح تحكم لا نقول به. مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى أولى من إبطال الآخر. وتمامه في الفتح. قوله: (ولا يسهم لغير فرس واحد) وعند أبي يوسف: يسهم لفرسين، وما روي فيه يحمل على التنفيل أيضاً. در منتقى. قوله: (صالح للقتال) اعترض بأن هذا يغني عن قوله: صحيح كبير، وفيه أنه لا يلزم من كونه صحيحاً كبيراً صلاحيته للقتال، لجواز كونه حروناً أو لا يجري، فلا يصلح للكر والفر. أفاده ط. لكن مراد المعترض أن كلام المتن يغني عما زاده الشارح، فالأولى الجواب بأنه زاد ذلك تفسيراً لقول المتن صالح للقتال نعم كان الأولى تأخيره عنه كما فعله في الشرنبلالية، فافهم.

تنبيه: يشترط في الفرس أن لا يكون مشتركاً، فلا سهم لفرس مشترك للقتال عليه، إلا إذا استأجر أحد الشريكين حصة الآخر قبل الدخول. در منتقى. واستفيد منه أنه لا يشترط أن يكون الفرس ملكه، فيشمل المستأجر والمستعار، وكذا المغصوب، كما يأتي. قوله: (لا لو مهراً فكبر) أي بأن طال المكث في دار الحرب، حتى بلغ المهر وصار صالحاً للركوب فقاتل عليه لا يستحق سهم الفرسان. بحر. قوله: (وكأن الفرق الخ) هو لصاحب البحر، ولا يظهر إذا كان المرض بيناً. أفاده ط.

قلت: وقد ذكر الفرق الإمام السرخسي، وهو أن المريض كان صالحاً للقتال عليه إلا أنه تعذر لعارض على شرف الزوال، فإذا زال صار كأن لم يكن، بخلاف المهر فإنه ما كان صالحاً، وإنما صار صالحاً في دار الحرب، ويوضحه أن الصغيرة لا نفقة لها على زوجها، لأنها لا تصلح لخدمة الزوج، بخلاف المريضة لأنها كانت صالحة، ولكن تعذر ذلك لعارض اهـ. ملخصاً. قوله: (قبل دخوله) أي في الحد الفاصل بين دارنا ودار الحرب. قوله: (ثم أخذه) أي في المسائل المذكورة: أي أخذه قبل القتال فله سهمان استحساناً، لأنه التزم مؤنة الفرس من حين خروجه من أهله وقاتل عليه، فلا يحرم سهمه بعارض غصب ونحوه فيما بين ذلك، أما لو قاتل عليه الغاصب حتى غنموا وخرجوا فله سهم الفارس، إذ لا فرق بين الفرس المغصوب والمملوك، ولصاحب

فله سهمان، لا لو باعه بعد تمام القتال فإنه يسقط في الأصح، لأنه ظهر أن قصده التجارة. فتح. وأقره المصنف، لكن نقل في الشرنبلالية عن الجوهرة والتبيين ما يخالفه. وفي القهستاني: لو باعه في وقت القتال فراجل على الأصح، ولو بعد تمام القتال فارس بالاتفاق انتهى. فتنبه. ولتحفظ هذه القيود خوف الخطأ في الإفتاء والقضاء (ولا) يسهم (لعبد وصبي وامرأة وذمي) ومجنون ومعتوه

الفرس سهم راجل إذا إلا أصابوا غنائم بعد أخذه فرسه فله منها سهم فارس، وللغاصب سهم راجل كما لو كان الغصب بعد دخول دار الحرب. وتمامه في شرح السير. قوله: (فله سهمان) وكذا لو جاوزه: أي جاوز الدرب مستأجراً أو مستعيراً وحضر به: أي حضر به الوقعة، وكذا الغاصب، لكن يستحقه من وجه محظور فيتصدق به. جوهرة. وفي المنح: لو رجع الواهب فالموهوب له فارس فيما أصابه قبل الرجوع، وراجل فيما أصابه بعده، والراجع راجل مطلقاً اهـ. در منتقى: أي لأنه جاوز الدرب راجلاً باختياره كالمؤجر والمعير بخلاف المغصوب منه. قوله: (لا لو باعه) أي باختياره، فلو مكرهاً فله سهم فارس، كما في البحر وكالبيع ما لو رهنه أو آجره أو وهبه. بحر. قوله: (ولو بعد تمام القتال) تبع في هذا المصنف حيث قال: وفي فتح القدير: لو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط عند البعض. قال المصنف. يعني صاحب الهداية: الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة وهو غلط في النقل، عن الفتح، وهذه عبارة الفتح: ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفارس بالاتفاق، وكذا إذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض. قال المصنف: الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اهـ. ومثله في التبيين والجوهرة، وعبارة القهستاني موافقة له فلا معنى للاستدراك اهـ ح ملخصاً.

قلت: والظاهر أنه سقط من نسخة المصنف ما بين لفظتي القتال فحصل الاختلال، فاستدراك الشارح عليه في محله، نعم كان الأولى له مراجعة عبارة الفتح، فافهم. قوله: (ولتحفظ هذه القيود) أي المذكورة في قوله: «ولا يسهم لغير فرس واحد صحيح كبير صالح للقتال» كما هو صريح عبارته في شرحه على الملتقى، وأصل ذلك للمصنف فإنه بعد أن قيد المتن بقوله: «صالح للقتال» قال: إن صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتون أخل بما ذكرنا من القيد، وإن العجب من أصحاب المتون فإنهم يتركون في متونهم قيوداً لا بد منها، وهي موضوعة لنقل المذهب، فيظن من يقف على مسائله الإطلاق، فيجري الحكم على إطلاقه، وهو مقيد فيرتكب الخطأ في كثير من الأحكام في الإفتاء والقضاء اهـ. فافهم. قوله: (وذمي) ولو أسلم أو بلغ المراهق قبل القسمة والخروج إلى دار الإسلام يسهم له كما في شرح السير، والظاهر أن العبد إذا

ومكاتب (ورضخ لهم) قبل إخراج الخمس عندنا (إذا باشروا القتال أو كانت المرأة

أعتق كذلك. قوله: (ورضخ لهم) أي يعطون قليلاً من كثير، فإن الرضيخة هي الإعطاء كذلك، والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم. فتح. قوله: (عندنا) وفي قول للشافعي ورواية عن أحمد أنه من أربعة الأخماس[1]. فتح. قوله: (إذا باشروا القتال) شمل المرأة فإنما يرضخ لها إذا قاتلت أيضاً[2]، وأطلق مباشرة القتال في العبد، فشمل ما إذا قاتل بإذن سيده أو بدونه كما في الفتح، وبه صرح في شرح السير الكبير، وقال: القياس أنه إذا قاتل بلا إذن المولى لا يرضخ له كمستأمن قاتل بلا إذن الإمام، والاستحسان أنه يرضخ؛ لأنه غير محجور عما يتمحض منفعة، وهو نظير القياس والاستحسان في العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل اهـ. ملخصاً. وبه ظهر أن قوله في الولوالجية: إن العبد إذا كان مع مولاه يقاتل بإذنه يرضخ له غير قيد خلافاً لما فهمه في البحر، ونعم

(١) اختلف الفقهاء في مأخذ الرضخ فذهب الحنفية والشافعي في قول له وأحمد في رواية عنه إلى أنه من أصل الغنيمة، والحجة في ذلك أنه من أعوان المقاتلين فيجعل حقه في أصل الغنيمة كالنقال والحافظ. وذهب الشافعي في أظهر الأقوال عنه، وأحمد في رواية عنه إلى أنه من الأخماس الأربعة، والحجة في ذلك أنه من المجاهدين فحقه في الأخماس الأربعة.

وذهب الشافعي في قول ثالث له إلى أنه من خمس الخمس المرصد للمصالح، وذهب الإمام مالك إلى أنه من الخمس كله. والحجة في ذلك أنه من أهل المصالح فحقه في سهمها. والراجح المذهب الأول؛ لأنه لم يصل إلى درجة المقاتلين حتى يعتبر سهمه، ولأن عمله أكثر من عمل أرباب المصالح، فلا يصح اعتباره منهم.

(٢) ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يسهم للمرأة والصبي والعبد، بل يرضخ لهم، وذهب الإمام مالك في المشهور عنه إلى أن هؤلاء لا يسهم لهم لا يرضخ لهم أيضاً، وله في الصبي إن أجيز وقاتل خلاف.

وحكى الشوكاني عن الأوزاعي أنه يسهم للمرأة والصبي، وهذا هو مشهور المذاهب.

استدل الجمهور بما رواه أحمد ومسلم عن عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة، وأما بسهم فلم يضرب لهن. وعنه: كان رسول الله ﷺ يعطي المرأة والمملوك من الغنائم دون ما يصيب الجيش. رواه أحمد. وعنه أيضاً أنه كتب إلى نجدة الحروري: سألت عن المرأة والعبد هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا البأس، وأنه لم يكن لهما سهم معلوم إلا أن يحذيا من غنائم القوم. رواه أحمد ومسلم.

وليس للإمام مالك على منع الرضخ دليل معروف. قال الشوكاني: والظاهر أنه لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد والذميين وما ورد من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي ﷺ أسهم لأحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ، وهو العطية القليلة جمعاً بين الأحاديث، وقد صرح ابن عباس بذلك. وكذلك صرح حديث عمير مولى أبي اللحم، فإن فيه أن النبي ﷺ رضخ له بشيء من الأثاث، ولم يسهم له. وبذلك يتعين حمل ما جاء في مرسل الأوزاعي أن النبي ﷺ أسهم للصبيان بخيبر. رواه الترمذي. وما في مرسل الزهري أنه ﷺ أسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه. رواه الترمذي وأبو داود في مراسيله. وما عن حشرج أنه ﷺ أسهم للنساء. رواه أحمد وأبو داود. ويحمل ذلك كله على مجرد العطية جمعاً بين الأحاديث. انظر الجهاد للدكتور شحاتة.

تقوم بما صالح المرضى) أو تداوي الجرحى (أو دل الذمي على الطريق) ومفاده جواز الاستعانة بالكافر عند الحاجة، وقد استعان عليه الصلاة والسلام باليهود ،

أو من تبعه فتنبه، وظهر به أيضاً أن قوله في اليعقوبية: ينبغي أن يسهم للعبد المأذون بحث مخالف للمنقول.

تنبيه: اقتصر المصنف على المذكورين، لأن الأجير لا يسهم له ولا يرضخ لعدم اجتماع الأجر والنصيب من الغنيمة، إلا إذا قاتل فإنه يسهم له. بحر: أي بخلاف المذكورين فإنهم إذا قاتلوا يرضخ ولا يسهم لهم. قوله: (أو تداوي الجرحى) هذا داخل فيما قبله، مع أنه يوهم التخصيص بهذا النوع، فالأولى أن يقول بدله: أو تطبخ أو تخبز للغزاة كما في شرح السير، ومثل ذلك السقي ومناولة السهام كما في الفتح.

والحاصل: أن المراد حصول منفعة منها للغزاة احترازاً عما إذا خرجت لخدمة زوجها مثلاً. قوله: (عند الحاجة) أما بدونها فلا، لأنه لا يؤمن غدره.

مطلب في الاستعانة بمشرك(1)

قوله: (وقد استعان عليه الصلاة والسلام الخ) ذكر في الفتح أن في سنده ضعفاً،

(1) اتفق الفقهاء على أن المسلمين إذا لم يأمنوا جانب الكافر، وخافوا منه إفشاء السر للأعداء لا يجوز لهم الاستعانة به لا في الحرب، لأن الاستعانة به في هذه الحالة تؤدي إلى خلاف المقصود منها، وهو نصرة المسلمين وإعلاء كلمة الله، ولا في خدمة الجيش والأعمال المهينة كحفر الخنادق وبناء الحصون وتمهيد الطرق وإصلاح آلات الحرب ونحو ذلك.

واختلفوا فيما عدا ذلك، فذهب الإمام مالك وأحمد في رواية عنه إلى أنه يحرم الاستعانة بالكفار في الجهاد، وبهذا قال ابن المنذر، والجوزجاني، وجماعة من أهل العلم. وذهب الإمام أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد في رواية أخرى إلى جواز الاستعانة بهم، وشرط الشافعي مع أمن خيانتهم كونهم بحيث لو انضم المستعان به إلى العدو قاومناهم.

استدل المانعون بما يأتي:

فأولاً: ما رواه أحمد ومسلم عن عائشة قالت: خرج النبي ﷺ قبل بدر، فلما كان بحرة الوبرة أدركه رجل، كانت تذكر منه جرأة ونجدة، ففرح به أصحاب رسول الله ﷺ حين رأوه، فلما أدركه قال: جئتك لأتبعك، وأصيب معك، فقال له رسول الله ﷺ: أتؤمن بالله ورسوله؟ قال: لا. قال: ارجع فلن أستعين بمشرك. قالت: ثم مضى حتى إذا كان بالشجرة أدركه الرجل فقال له كما قال أول مرة، فقال له النبي ﷺ كما قال أول مرة، فقال: لا، قال: فارجع فلن أستعين بمشرك، قالت: فرجع فأدركه بالبيداء، فقال له كما قال أول مرة: تؤمن بالله ورسوله؟ قال: نعم، فقال له: فانطلق.

ثانياً: ما رواه الإمام أحمد عن خبيب بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده قال: أتيت النبي ﷺ وهو يريد غزواً أنا ورجل من قومي ولم نسلم، فقلنا: إنا نستحيي أن يشهد قومنا مشهداً لا نشهده معهم، فقال: أسلمتما؟ قلنا: لا، فقال: فإنا لا نستعين بالمشركين على المشركين، فأسلمنا، وشهدنا معه. ففي هذين الحديثين نص صريح لعدم الاستعانة بعموم المشركين؟ لأن لفظ مشرك نكرة في سياق النفي، ولفظ المشركين في الحديث الثاني جمع معرف بأداة الاستغراق، فيفيد العموم، ولم يقبل منهم النبي ﷺ الاستعانة في القتال مع شدة رغبتهم فيه حتى أسلموا.

على اليهود ورضخ لهم (ولا يبلغ به السهم إلا في الذمي) إذا دل فيزاد على السهم، لأنه كالأجرة (والبراذين) خيل العجم (والعتاق) بكسر العين جمع عتيق، كرام خيل العرب، والهجين الذي أبوه عربي وأمه عجمية، والمقرف عكسه. قاموس (سواء لا) يسهم (للراحلة والبغل) والحمار لعدم الإرهاب (والخمس) الباقي يقسم أثلاثاً عندنا

وأن جماعة قالوا: لا يجوز لحديث مسلم «أنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ خرج إلى بدرٍ فتبعَهُ رَجُلٌ مُشْرِكٌ فقال: ارْجِعْ فلَنْ أَسْتَعِينَ بِمُشْرِكٍ» الحديث. وروى «وخلاف» ثم قال: وقال الشافعي رده عليه الصلاة والسلام المشرك والمشركين كان في غزوة بدر، ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع، وفي غزوة حنين بصفوان بن أمية، وهو مشرك، فالرد إن كان لأجل أنه كان مخيراً بين الاستعانة وعدمها ولا مخالفة بين الحديثين، وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده. قوله: (فيزاد على السهم) أي إذا كان في دلالته منفعة عظيمة للمسلمين فيرضخ له على قدر ما يرى الإمام ولو أكثر من سهام الفرسان. شرح السير. قوله: (لأنه كالأجرة) أشار إلى الفرق بين ما إذا قاتل الذمي حيث لا يبلغ في الرضخ له السهم وما إذا دل حيث تصح الزيادة، وهو أن ما يدفع له في هذه الحالة ليس رضخاً، بل قائم مقام الأجرة، بخلاف ما إذا قاتل فإنه لا يبلغ به السهم لأنه عمل من عمل الجهاد، ولا يسوّى في عمله بين من يؤجر عليه ومن لا يقبل منه. أفاده في الفتح.

تنبيه: قال في الحواشي اليعقوبية: لا وجه لتخصيص حكم الدلالة على الطريق بالذمي، لأن العبد أيضاً إذا دل يعطى له أجر الدلالة بالغاً ما بلغ، إلا أن تدعى إرادة التخصيص، فليتأمل اهـ. قوله: (سواء) أي في القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر. منح. وهو خبر عن قول المصنف: «والبراذين والعتاق» وعلى حل الشارح خبر لمبتدأ محذوف أي هذه الأربعة سواء، لأنه قدر لكل واحد منها على انفراده خبراً، فلا يصلح أن يكون خبراً عنها جميعاً، ولا يخفى أن ما زاده الشارح من الهجين بدون نص، والمقرف بدون نص يفهم حكمه بالأولى لأنه فوق البراذين. قوله: (لا يسهم للراحلة) هي المركوب من الإبل ذكراً كان أو أنثى، والتاء فيها للوحدة أو للنقل من الوصفية إلى الاسمية، والجمل يختص بالذكر ط. قوله: (لعدم الإرهاب) أي تخويف العدو إذ لا تصلح للكر والفر.

مطلب في قسمة الخمس[1]

قوله: (والخمس الباقي) أي الباقي بعد أربعة أخماس الغانمين. قوله: (عندنا)

= المصلحة، ولا يمكن أن يقاس عليه منعه عما يكون في الاستعانة به مفسدة للمسلمين، ولكن لم يظهر ذلك الجهل بذلك شيئاً.

(1) اختلف الفقهاء في حكم الخمس فرأى الإمام مالك أن أمره موكول إلى الإمام يصرفه حيث يرى =

= (أولاً): قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ الآية فهذه الآية صريحة في وجوب إعطاء الخمس للأصناف التي ذكرت فيها، وقد صرفه النبي ﷺ إلى هذه الأصناف.

(ثانياً): أن الله أوجب الخمس لقوم موصوفين بصفات كما أوجب الأخماس الأربعة لآخرين، وقد أجمعوا على أن حق الأخماس الأربعة لا يستحقه غيرهم، فكذلك حق أهل الخمس قالوا: ولفظ الجلالة ذكر في الآية للتبرك به وافتتاح الأمور باسمه لا لإفراده بسهم؛ لأن الله له ملك السموات والأرض. فسهم الرسول عليه الصلاة والسلام يصرف بعده في مصالح المسلمين لما روى جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ حين صدر من خيبر تناول بيده قبضة من الأرض أو وبرة من بعيره، وقال: «والذي نفسي بيده مالي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم» فجعله لجميع المسلمين، ولا يمكن صرفه إلى جميع المسلمين إلا بأن يصرف في مصالحهم، وسهم لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب يشترك فيه غنيهم وفقيرهم لقوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ من غير فصل بين الغني والفقير؛ ولأن الحكم المعلق بوصف مشتق يؤذن بعلية مبدأ الاشتقاق، ولما رواه أحمد وأبو داود عن جبير بن مطعم قال: لما قسم الله ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعثمان بن عفان فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم، لا ينكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله عز وجل منهم فرأيت إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه.

ولما روي أن النبي ﷺ أعطى العباس، وكان من أغنياء قريش؛ ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فيستوي فيه الغني والفقير كالميراث.

وأما الحنفية فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه في هذه المخالفة بما يأتي:

(أولاً): ما رواه أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه أن الخمس كان يقسم على عهده ﷺ على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة أسهم: لليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم، وهذا ثبت أن الخلفاء الراشدين قسموا على ثلاثة أسهم بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليهم أحد فكان إجماعاً.

(ثانياً): أن ثبوت الحق لذوي القربى في الغنيمة كان عوضاً عما حرم عليهم من الصدقات، وقد ورد ذلك في حديث: «يا بني هاشم إن الله كره لكم غسالة الناس وأوساخهم، وعوضكم عنها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض.

والمعوض، وهو الصدقة لا يثبت باتفاق إلا للفقراء، فيجب أن يكون العوض، وهو سهم الغنيمة خاصاً بهم، وعلى هذا فليس وصف القرابة في إعطائهم بعد وفاة الرسول ﷺ؛ لأنهم كانوا يأخذونه في عهده ﷺ بوصف قرابة النصرة لا بوصف قرابة النسب، وقد فاتت تلك بموته عليه الصلاة والسلام، ويدل على أنهم كانوا يأخذونه بالنصرة قوله ﷺ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام».

(مناقشة)

يرد على أدلة المالكية في إعطاء المؤلفة قلوبهم والغانمين من الخمس وعدم التقيد بالجهات التي ذكرت في آية الغنيمة. أن الظاهر كما قال ابن تيمية أن إعطاءهم كان من سهم المصالح من الخمس، ويحتمل أن يكون عملاً من أربعة أخماس الغنيمة عند من يجيز التنفيل منها.

وأما ما فعله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر وسبي هوازن فهو من قبيل المن، وليس في محل النزاع. ويرد عليهم أيضاً بأن فيه إلغاء ما نص الله عليه بما لم ينص عليه، والنص مقدم على سواه من الأدلة، فلا بد من بقائه ولو في بعض الجهات.

ويقال للحنفية في الدليل الأول: إن حديث أبي يوسف في سنده الكلبي، وهو مضعف عند أهل الحديث.

ويقال لهم فيه أيضاً: إن الإجماع الذي حصل إنما هو إجماع الخلفاء الراشدين وحدهم؛ وإلا فهو غير =

(لليتيم والمسكين وابن السبيل) وجاز صرفه لصنف واحد. فتح. وفي المنية: لو صرفه للغانمين لحاجتهم جاز، وقد حققته في شرح الملتقى (وقدم فقراء ذوي القربى) من بني هاشم (منهم)

وأما عند الشافعي فيقسم أخماساً: سهم لذوي القربى، وسهم للنبي ﷺ يخلفه فيه الإمام ويصرفه إلى مصالح المسلمين، والباقي للثلاثة للآية. زيلعي. قوله: (لليتيم) أي بشروط فقره، وفائدة ذكره دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئاً لأن استحقاقها بالجهاد، واليتيم صغير فلا يستحقها، ومثله ما في التأويلات للشيخ أبي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر، فلا فائدة في ذكرهم في القرآن. أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تفضي إلى أن الفقير منهم لا يستحق، لأنه من قبيل الصدقة، ولا تحل لهم. بحر. قوله: (والمسكين) المراد منه ما يشمل الفقير. قوله: (وجاز صرفه الخ) علله في البدائع بأن ذكر هؤلاء الأصناف لبيان المصارف، لا لإيجاب الصرف إلى كل صنف منهم شيئاً، بل لتعيين المصرف، حتى لا يجوز الصرف إلى غير هؤلاء اهـ. شرنبلالية. قوله: (وقد حققته في شرح الملتقى) ونصه. والخمس الباقي من المغنم كالمعدن والركاز يكون مصرفها لليتامى المحتاجين والمساكين وابن السبيل، فتقسم عندنا أثلاثاً، هذه الأموال الثلاثة لهؤلاء الأصناف الثلاثة خاصة، غير متجاوز عنهم إلى غيرهم، فتصرف لكلهم أو لبعضهم، فسبب استحقاقهم احتياج بيتم أو مسكنة أو كونه ابن السبيل. فلا يجوز الصرف لغنيهم، ولا لغيرهم كما في الشرنبلالية والقهستاني.

قلت: ونقلت فيما علقته على التنوير عن المنية أنه لو صرف للغانمين لحاجتهم جاز اهـ. ولعله باعتبار الحاجة فلا تنافي حينئذ، فتنبه اهـ.

أقول: لا معنى للترجي بعد تصريح المنية بقوله: «لحاجتهم» اهـ ح. قوله: (من بني هاشم) بيان لذوي القربى، وفيه قصور، لأن المراد بهم هنا بنو هاشم وبنو

= النزاع بين الجمهور بين العلماء، هذا على أرقى محصوله مع أنه لم يثبت، لأن الإمام الشافعي في الأم روى ما يثبت أن الخلفاء أعطوا ذوي القربى نصيبهم منه.

ويقال أنهم في الفيل الثاني: إن سكنان بن الإمام قال: إن المعنى بهذا اللفظ غريب، والمعنى العرفي إنما رفع في عبارة بعض التابعين، لم يكن الموضع يثبت في من يثبت في حقه المعرض عنه.

ثم إن مذهب الحنفية يقتضي أن المراد بقوله تعالى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ الفقراء، فيقتضي استحقاق فقرائهم لكونهم مصرفاً مستحقاً، وبالتالي فقراء حقهم مع الخلفاء الراشدين بأنهم معتدين كما هو معلوم مما رويناه من أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيئاً من غير استثناء فقرائهم

ولكنا نلاحظ إعطاءه ﷺ الأغنياء منهم كما روي أنه أعطى العباس، وكان له عشرون عبداً يتجرون، على أن وصف القرابة لا يكاد يفهم منه في اصطلاح الشرع وظيفة سوى قرابة النسب، أما النصرة فهي معروفة باسمها أو باسم الموالاة. وبهذا يكون حمل ذوي القربى على قرابة النصرة بالنظر إلى زمن الرسول ﷺ حملاً للفظ على ما لا يفهم منه.

انظر الشوكاني ٨/ ٢٢٢ الجهاد للدكتور شحاتة

أي من الأصناف الثلاثة (عليهم) لجواز الصدقات لغيرهم لا لهم، (ولا حق لأغنيائهم) عندنا،

المطلب، لأنه عليه الصلاة والسلام وضع سهم ذوي القربى فيهم، وترك بني نوفل وبني عبد شمس مع أن قرابتهم واحدة، لأن عبد مناف الجد الثالث للنبي ﷺ له أولاد: هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس. بحر. والمطلب عم الجد الأول وهو عبد المطلب بن هاشم. قوله: (أي من الأصناف الثلاثة) وكذا الضمير في عليهم راجع إليهم، والضمير الثاني يغني عن الأول، ولكن زاده مع ما فيه من الركاكة ليفيد أن ذوي القربى إذا كانوا من الأصناف الثلاثة يقدمون على من كان منهم ممن ليس من ذوي القربى، فيتيم ذوي القربى مقدم على يتيم غيرهم: وهكذا قال في الدر المنتقى: والأوضح أن يقال: خمس الغنيمة والمعدن للمحتاج وذوو القربى منه أولى. قوله: (لجواز الخ) علة لقوله: «وقدموا» أي لأن غير ذوي القربى يحل له أخذ الصدقة لدفع حاجته بخلافهم فليس في تقديمهم إضرار بغيرهم. قوله: (ولا حق لأغنيائهم عندنا) وعند الشافعي: يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر كالأنثيين، لأنه لم يفرق في الآية بين الفقير والغني، ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه كما قلناه بمحضر من الصحابة، فكان إجماعاً والنبي ﷺ كان يعطيهم للنصرة، لا للفقر لقوله ﷺ: «إِنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا مَعِي هَكَذَا فِي الجَاهِلِيَّةِ وَالإِسْلَامِ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ»[1] حين أعطى بني هاشم والمطلب لأنهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه الصلاة والسلام. ودخل بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش، ولو كان لأجل القرابة لما خصهم، لأن عبد شمس ونوفلا أخوان لهاشم: لأبيه وأمه، والمطلب كان أخاه لأبيه فكان أقرب[2]. والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام، والمصاحبة لا بالمقاتلة، ولذا كان لنسائهم فيه نصيب، ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة، وهي النصرة، فيستحقونه بالفقر. زيلعي ملخصاً.

وحاصله أنه كما سقط سهمه ﷺ بموته عندنا سقط سهم ذوي القربى بموته أيضاً لفقد علة استحقاقهم، حتى قال الطحاوي: لا يستحق فقيرهم أيضاً، لكن الأول وهو قول الكرخي أظهر، وقد حقق في الفتح قسمة الخلفاء الراشدين أثلاثاً كما قلنا، لا أخماساً كما قال الشافعي، فراجعه.

تنبيه: في الشرنبلالية عن البدائع تعطى القرابة كفايتهم اهـ. وفيها عن الجوهرة أنه يقسم بينهم للذكر كالأنثيين.

---

(١) أخرجه الطبري ١٠/ ٥ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٦٦ والنسائي ٧/ ١٣١ وأحمد ٤/ ٨١ والطبراني في الكبير ٢/ ١١٧ والبيهقي في الدلائل ٢/ ٣٤٠.

(٢) في ط (قوله فكان أقرب) هكذا بخطه ولعل الصواب نكانا: أي عبد شمس ونوفل.

وما نقله المصنف عن البحر من أن ما في الحاوي يفيد ترجيح الصرف لأغنيائهم نظر فيه في النهر (وذكره تعالى للتبرك) باسمه في ابتداء الكلام، إذ الكل لله (وسهمه عليه الصلاة والسلام سقط بموته) لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسالة

قلت: واعترضه في الدر المنتقى بأنهم ذكروا هذا عن الشافعي لا عندنا. قلت: على أنه ينافيه ما في البدائع. قوله: (وما نقله المصنف) حيث قال: وفي الحاوي القدسي، وعن أبي يوسف: الخمس يصرف إلى ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، وبه نأخذ اهـ. وهذا يقتضي كما نبه عليه شيخنا: يعني صاحب البحر أن الفتوى على الصرف إلى الأقرباء الأغنياء فليحفظ اهـ. قوله: (نظر فيه في النهر) حيث قال: وأقول فيه نظر، بل هو ترجيح لإعطائهم، وغاية الأمر أنه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به اهـ. وأنت إذا تأملت كلام الحاوي رأيته شاهداً لما في البحر، وهذه عبارته: وأما الخمس فيقسم ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم، ويقدمون، ولا يدفع لأغنيائهم شيء. وعن أبي يوسف أن الخمس يصرف إلى ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، وبه نأخذ اهـ. إذ لو كان كما قاله في النهر لكانت رواية أبي يوسف عين ما قبلها، فتدبر اهـ ح.

قلت: لكن أنت خبير بأن هذه رواية عن أبي يوسف: وهي خلاف المشهور عنه، والمتون والشروح أيضاً على خلافها، فالواجب اتباع المذهب في هذه المسألة التي اعتنى الشراح وغيرهم بتأييد أدلته والجواب عما ينافيه، فهذا أقوى ترجيح ولا يعارضه ترجيح الحاوي! ثم رأيت العلامة الشيخ إسماعيل النابلسي نبه على نحو ما قلته في شرحه على الدرر والغرر. قوله: (وذكره تعالى) أي قوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١]. قوله: (لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسالة) عبارة النهر: وهو الرسول، فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة رسول بعده، اهـ: أي كما لو قيل: إذا لقيت عالماً فأكرمه، وإذا لقيت فاسقاً فأهنه! فإنه علق فيه الأمر بالإكرام والإهانة على مشتق، وهو عالم وفاسق، فيدل على أن ما اشتق منه ذلك الوصف: أعني العلم والفسق: علة الحكم: أي أكرمه لعلمه وأهنه لفسقه، وبه يظهر ما في عبارة الشارح. ثم إن هذا أغلبي لما علمت من أن قوله تعالى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الأنفال: ٤١] ليس علته القرابة عندنا بل النصرة، إلا أن يقال: مرادهم نفي كون العلة مجرد القرابة، بل العلة قرابة خاصة مقيدة بالنصرة على الوجه المار، فتدبر.

مَطْلَبٌ فِي أَنَّ رِسَالَتَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَاقِيَةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ

تنبيه: قدمنا عن الشافعي رحمه الله تعالى أن سهمه ﷺ يخلفه فيه الإمام بعده: أي بناء على أنه ﷺ كان يستحقه لإمامته، وعندنا لرسالته، ولا رسول بعده: أي لا يوصف

(كالصفي) الذي كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه (ومن دخل دارهم بإذن الإمام (أو منعة) أي قوة (فأغار خمس) ما أخذوا، لأنه غنيمة (وإلا: لا) لأنه اختلاس،

بعده أحد بهذا الوصف فلذا سقط بموته، بخلاف الإمامة والقيام بأمور الأمة، وبهذا التقرير اندفع ما أورده المقدسي على قولهم: ولا رسول بعده؛ من أنهم إن أرادوا أن رسالته مقصورة على حياته فممنوع، إذ قد صرح في منية المفتي بأن رسالة الرسول لا تبطل بموته، ثم قال: ويمكن أن يقال: إنها باقية حكماً بعد موته، وكان استحقاقه بحقيقة الرسالة لا بالقيام بأمور الأمة اهـ. ولا يخفى ما في كلامه من إيهام انقطاع حقيقتها بعده ﷺ، فقد أفاد في الدر المنتقى أنه خلاف الإجماع.

قلت: وأما ما نسب إلى الإمام الأشعري إمام أهل السنة والجماعة من إنكار ثبوتها بعد الموت، فهو افتراء وبهتان، والمصرّح به في كتبه وكتب أصحابه خلاف ما نسب إليه بعض أعدائه، لأن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أحياء في قبورهم، وقد أقام النكير على افتراء ذلك الإمام العارف أبو القاسم القشيري في كتابه شكاية السنة وكذا غيره، كما بسط ذلك الإمام ابن السبكي في طبقاته الكبرى في ترجمة الإمام الأشعري. قوله: (كالصفي) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة. نهر: أي كما سقط الصفي بموته ﷺ. قوله: (يصطفيه لنفسه) أي قبل قسمة الغنيمة، وإخراج الخمس. نهر. كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين قتله علي رضي الله تعالى عنه، وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر. رواه أبو داود في سننه والحاكم. فتح. وفي الشرنبلالية قال في طلبة الطلبة: وكان النبي ﷺ لا يستأثر بالصفي زيادة على سهمه. قوله: (ومن دخل دارهم بإذن الإمام) ولو واحداً من أهل الذمة. ط عن الشلبي. قوله: (أو منعة) في المصباح. هو في منعة بفتح النون: أي في عز قومه، فلا يقدر عليه من يريده. قال الزمخشري: وهي مصدر مثل الأنفة والعظمة، أو جمع مانع وهم العشيرة والحماة وقد تسكن في الشعر لا غير خلافاً لمن أجازه مطلقاً. قوله: (خمس) أي يأخذ الإمام خمسه والباقي لهم. قال في الفتح: لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم، كما أن عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة إذا دخلوا بغير إذنه تحامياً عن توهين المسلمين والدين فهم يكونون مع نصرة الإمام متلصصين، فكان المأخوذ قهراً غنيمة. قوله: (ما أخذوا) بضمير الجمع، مراعاة لمعنى «من» كما روعي لفظها في قوله: «فأغار». قوله: (وإلا لا) أي وإن لم يدخلوا بإذن الإمام ولم يكونوا ذوي منعة بأن دخلوا بلا إذنه وهم ثلاثة فأقل، كما أفاده في الفتح. قال: وعن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة، والتي لها منعة بعشرة. قوله: (لأنه اختلاس) من

وفي المنية لو دخل أربعة: خمس، ولو ثلاثة: لا.

قال الإمام: ما أصبتم لا أخمسه، فلو لهم منعة لم يجز، وإلا جاز (وندب للإمام أن ينفل وقت القتال حثاً) وتحريضاً فيقول: من قتل قتيلاً فله سلبه،

خلست الشيء خلساً من باب ضرب: اختطفته بسرعة على غفلة. مصباح. قوله: (وفي المنية الخ) أفاد به تقدير المنعة. قوله: (وإلا جاز) لأن الخمس في الثاني واجب بقول الإمام، فله أن يبطله بقوله بخلافه في الأول، ولذا لو دخلوا بغير إذنه خمس ما أخذوه. بحر عن المحيط.

وحاصله: أنهم إذا لم يكن لهم منعة لا يجب الخمس، إلا إذا أذن فيكون قد وجب بسبب قوله: فله أن يبطله، بخلاف ما إذا كانت لهم منعة فإنه يجب، وإن لم يأذن لهم فلم يجب بقوله: فليس له إبطاله. وفي النهر عن التاترخانية: لو كان بعضهم بإذنه وبعضهم بلا إذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل واحد منهم حالة الاجتماع كما في حالة الانفراد، وإن كان لهم منعة يجب الخمس اهـ. قوله: (وندب للإمام) وكذا لأمير السرية، إلا إذا نهاه الإمام، فليس له ذلك إلا برضا العسكر، فيجوز من الأربعة الأخماس. بحر.

مطلب في التنفيل[1]

قوله: (أن ينفل) التنفيل: إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل، ومنه النافلة للزائد على الفرض، ويقال لولد الولد كذلك، ويقال نفله تنفيلاً ونفله بالتخفيف نفلاً لغتان فصيحتان. فتح. قوله: (وقت القتال) قيد به القدوري، ولا بد منه لأنه بعده

---

(1) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى أن النفل لا حد له بل هو موكول إلى رأي الإمام.

وذهب الحنابلة ومكحول والأوزاعي إلى أنه لا يزيد على ثلث الغنيمة استدل الجمهور بما رواه أحمد والترمذي وابن ماجه عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ «كان ينفل في البدأة الربع وفي الرجعة الثلث» ووجه الدلالة أنه لو كان له حد معين ما اختلف التنفيل منه ﷺ.

واستدل الحنابلة بالحديث السابق، وقالوا في وجه الدلالة: إن فعل النبي عليه الصلاة والسلام انتهى إلى الثلث فينبغي ألا يتجاوزه. ويقال لهم: إن انتهاء فعل النبي عليه السلام إلى الثلث لا يمنع الزيادة عليه ما لم يقم دليل على المنع كيف والمسألة موكولة في أصلها ومقدارها إلى ما يراه الإمام فإن رأى أصل التنفيل نفل، وإن لم يره لم ينفل، وإن رآه بقدر معين نفل». قال الإمام الشوكاني في نيل الأوطار: «وقوله بأن في الأحاديث الصحيحة ما يقتضي عدم الاقتصار على مقدار معين ولا على نوع معين. فالظاهر تفويض ذلك إلى رأي الإمام في جميع الأجناس» وهو يقصد بذلك الرد على الأوزاعي في قوله: إن التنفيل لا يكون من ذهب ولا من الفضة.

واختلف الفقهاء في محل النفل من الغنيمة فقيل: إنه من الخمس الواجب لبيت المال، وهو مذهب الإمام مالك، وروي عن سعيد بن المسيب وقيل من خمس الخمس المرصد للمصالح، وهو الأصح عند الشافعية وقيل: من الأخماس الأربعة: وهو مذهب الإمام أحمد، ووجه عند الشافعية، وبه قال إسحاق وأبو عبيد وفقهاء الشام وأنس بن مالك، وقيل: من أصل الغنيمة، وروي عن الإمام أحمد والأوزاعي وأبي ثور والهادوية، وهو وجه عند الشافعية أيضاً، وذهب الحنفية إلى أن ينفل قبل الإحراز بدار الإسلام =

لا يملكه الإمام، وقيل: ما داموا في دار الحرب يملكه، كذا في السراج؛ وقد يؤيد هذا القيل أن قوله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ»[1] إنما كان بعد الفراغ من حنين، ولم أر جوازه قبل المقاتلة. نهر.

قلت: وفيه نظر، لأن المنقول أن ذلك كان عند الهزيمة تحريضاً للمسلمين، على الرجوع إلى القتال. وفي القهستاني: إن في قوله: وقت القتال، إشارة إلى أنه يجوز التنفيل قبله بالأولى، وإلى أنه لا يجوز بعده، لكن بعد القسمة لأنه استقر فيه حق الغانمين اهـ. ففيه التصريح بجوازه قبله، وعزاه ح إلى المحيط وقوله: لكن بعد القسمة، الظاهر أنه مبني على القيل المار عن السراج، ويؤيده قول المتون: وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط، فإن مفهومه أنه قبل الإحراز بدارنا يجوز من الكل، لكن

= حضروا وقسم لهم الباقي بعد الخمس أصاب الواحد منهم اثني عشر بعيراً، وعليه يكون التنفيل وقع من ثلث الخمس، غايته أن النبي ﷺ أقر الأمير على ما فعل من التنفيل من الخمس قبل القسم، وهو إقرار لاحق للتصرف صادر من صاحب الحق، وهو الرسول ﷺ، فيكون جائزاً. ويحتمل أيضاً أن يكون النفل لبعض الجيش من أربعة أخماس الغنيمة بأن أخرج الخمس أولاً، ثم نفل عشرة رجال ثم قسم بعد ذلك قال ابن قدامة في المغني: «ويتعين حمل الخبر على هذا؛ لأنه لو أعطى جميع الجيش لم يكن ذلك نفلاً، وكان قد قسم لهم أكثر من الأربعة الأخماس، وهو خلاف الآية والأخبار» ومع وجود هذين الاحتمالين لا ينهض الحديث حجة على أن النفل من أصل الغنيمة.

ويقال للحنفية في قولهم: إن النفل بعد الحيازة يكون من الخمس؛ لأن الأخماس الأربعة حق للغانمين: إنه غير مسلم؛ لأن الخمس أيضاً له مستحقون وهم الأصناف الثلاثة عندهم، وأصحاب النفل ليسوا دائماً من هؤلاء الأصناف ولو قصرنا التنفيل على هذه الأصناف الثلاثة أو بعضها لما تحقق الغرض المقصود من التنفيل وهو التحريض، وكثيراً ما يقوم بالأعمال الخطيرة الهامة في الحرب من ليس من هؤلاء الأصناف، فالقول بأنه من الخمس وتقييد مستحقه بأحد الأصناف الثلاثة تقليل للفائدة المقصودة من التنفيل. كيف والأحاديث الصحيحة تدل على أن النفل جائز مطلقاً قبل الإحراز وبعده، وليس فيها ما يدل على هذه التفرقة.

ويتلخص في هذه المناقشة ما يأتي:

«أولاً»: أن دليل المالكية والشافعية وهو أثر سعيد بن المسيب لا ينهض حجة أمام الأحاديث الصحيحة التي تفيد أن النفل إنما يكون بعد الخمس.

«ثانياً»: أن دليل القائلين بأن النفل من أصل الغنيمة لا يثبت المطلوب لتطرق الاحتمال إليه.

«ثالثاً»: أن تفرقة الحنفية بين ما قبل الإحراز وما بعده تفرقة لم تعتمد دليلاً سوى ما قالوا من أن استقرار حق الغانمين إنما هو بعد الإحراز وأنه لا يثبت لهم ملك قبله، وهي مسألة خلافية لا يوافقهم عليها غيرهم، فلا تنهض حجة في وجه المخالف.

«رابعاً»: أن آية: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ ظاهرة في وجوب إخراج الخمس لمن سماهم الله في الآية، وبذلك انقطعت صلته بالغانمين واستحق حقاً لغيرهم كما خلصت لهم الأخماس الأربعة حقاً وتنفيلاً كما يراه الإمام. انظر الشوكاني ٧/ ٢٣٢، الأم ٤/ ٦٨.

(1) أخرجه أحمد ٣/ ١١٤ والدارمي ٢/ ٢٢٩ وأبو داود ٣/ ١٦٦ (٢٧١٨) وبلفظ من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه البخاري ٤/ ١١٢ مسلم في الجهاد ٤١ وأبو داود (٢٧١٧) والترمذي (١٥٦٢)

سماه قتيلاً لقربه منه

الظاهر أن هذا المفهوم غير معتبر، لأنه وقع التصريح بخلافه؛ ففي المنبع عن الذخيرة: لا خلاف أن التنفيل قبل الإصابة، وإحراز الغنيمة قبل أن تضع الحرب أوزارها جائز، ويوم الهزيمة، ويوم الفتح لا يجوز، لأن القصد به التحريض على القتال، ولا حاجة إليه إذا انهزم العدو، وأما بعد الإحراز فلا يجوز إلا من الخمس إذا كان محتاجاً اهـ ملخصاً. وفي متن الملتقى، ومتن المختار: وللإمام أن ينفل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها فقولهم: وقبل أن تضع الحرب أوزارها فائدته دفع توهم الجواز بعد انتهاء الحرب، لأن قولهم قبل إحراز الغنيمة يشمل ما بعد الإصابة: أي إصابة العسكر الغنيمة بالهزيمة وانتهاء الحرب مع أنه غير مراد كما بينه عطف هذه الجملة. وفي الفتح التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة، فقد ظهر ضعف ما في السراج، مع أن صاحب السراج لم يعوّل عليه في مختصره الجوهرة حيث قال عن الخجندي: التنفيل إما أن يكون قبل الفراغ من القتال أو بعده، فإن كان بعده لا يملكه الإمام، لأنه إنما جاز لأجل التحريض على القتال، وبعد الفراغ منه لا تحريض اهـ.

قلت: وكل ما ورد من التنفيل بعد القتال فهو محمول عندنا على أنه من الخمس كما بسطه السرخسي.

مطلبٌ: الاقتباسُ مِنَ القُرآنِ جائزٌ عِنْدَنا

تنبيه: قولهم أن تضع الحرب أوزارها اقتباس من القرآن، وبه يستدل على جوازه عندنا كما بسطه الشارح في الدر المنتقى، فراجعه. قوله: (وتحريضاً) أي ترغيباً في القتال.

مطلبٌ في قولِهِم اسْمُ الفاعِلِ حقيقةٌ في الحالِ

قوله: (سماه قتيلاً لقربه منه) أي من القتل، فسمه مجاز الأول مثل أعصر خمراً، لكن قال الزركشي: قولهم اسم الفاعل حقيقة في الحال، أي حال التلبس بالفعل لا حال النطق، فإن حقيقة الضارب والمضروب لا تتقدم على الضرب ولا تتأخر عنه، فهما معه في زمن واحد ومن هذا ظهر أن قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُه»[1] أن قتيلاً حقيقة، وأن ما ذكروه من أنه سمي قتيلاً باعتبار مشارفته للقتل لا

---

(١) اختلف الفقهاء في أن السلب حق للقاتل أو حق للإمام يرضخ به إن شاء رضخ بالتنفيل، وإن شاء وضعه في الغنيمة فذهب الإمام الشافعي وأحمد والليث وغيرهم إلى أن السلب للقاتل بشروط ذكرت في كتبهم سواء قال الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه أم لا، فاستحقاق القاتل له حكم شرعي ثابت في نفسه لا يتوقف على جعل الإمام. وقال الحنفية والمالكية والثوري: إن القاتل لا يستحقه إلا أن يشترط له الإمام، وهو عندهم من النفل.

استدل الشافعي ومن معه بقوله ﷺ في حديث طويل متفق عليه عن أبي قتادة: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» —

= بينة فله سلبه» وبما رواه أحمد وأبو داود عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «من قتل قتيلاً فله سلبه» فقتل أبو طلحة عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم؛ فهذان الحديثان صريحان في أن السلب للقاتل، واستدل الحنفية ومن وافقهم بعموم قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ الآية، والسلب مال مغنوم؛ لأنه مأخوذ بقوة الجيش؛ إذ لولا الجيش لما حصل السلب ومباشرة القتل لا عبرة بها، كما أنها لم تعتبر في منع الردء من الغنيمة بل هو والمقاتل المباشر فيها سواء، وبما رواه البخاري ومسلم من حديث جاء فيه أن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء ضربا أبا جهل بسيفيهما حتى قتلاه، فأتيا رسول الله ﷺ فقال: «أيكما قتله؟» فقال كل واحد منهما: أنا قتلته، فنظر في السيفين فقال: «كلاكما قتله» وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح؛ فهذا الحديث نص على أن السلب ليس للقاتل، بل هو بتعيين الإمام، وبما روي من طريق عمرو بن واقد عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية أن حبيب بن مسلمة قتل قتيلاً، فأراد أبو عبيدة أن يخمس سلبه، فقال له حبيب: إن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل، فقال له معاذ: مهلاً يا حبيب سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه» وهذا الحديث أيضاً يدل على أن السلب ليس للقاتل، إذ لو كان له لما توقف على طيب نفس الإمام.

ورد على الحنفية في استدلالهم بالآية أن السلب حقيقة من الغنيمة وتشمله الآية، ولكن الرسول عليه الصلاة والسلام بين أنه خارج من حكم الغنيمة كما خصت الآية بكثير غير السلب كالقاتل الذمي، وقاتل النساء والصبيان وغيرهم، ممن لم يقاتل؛ وإنما جعله ﷺ للقاتل في مقابلة مخاطرته بنفسه رغبة منه في إعلاء كلمة الله تعالى، وأما حديث الصحيحين فقد أجيب عنه بأن في سياقه دلالة على أن السلب يستحقه من أثخن في القتل ولو شاركه غيره في الضرب أو الطعن، وإنما حكم بالسلب لمعاذ بن عمرو بن الجموح؛ لأنه رأى أن ضربته هي المؤثرة في قتله لعمقها وظهور أثرها، قال المهلب: «وإنما قال: كلاكما قتله وإن كان أحدهما هو الذي أثخنه لتطيب نفس الآخر».

أما حديث حبيب بن مسلمة ففيه عمرو بن واقد، وهو منكر الحديث كما قاله البخاري وغيره.

وقد ورد على ما استدل به الشافعي ومن معه من قوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» أن النبي ﷺ إنما قاله يوم حنين، ولما هزم المسلمون تحريضاً لهم على القتال، قال الإمام مالك: لم يبلغني ذلك في غير حنين، وأجاب الشافعي ومن معه بأن ذلك حفظ عن النبي عليه الصلاة والسلام في عدة مواطن منها يوم بدر ويوم أحد، فقد قتل حاطب بن أبي بلتعة رجلاً فسلمه رسول الله ﷺ سلبه كما أخرجه البيهقي، وفي غزوة مؤتة وفي وقائع كثيرة، واحتج به الصحابة بعد وفاة الرسول ﷺ في كل مرة خولف فيها أمره عليه الصلاة والسلام.

ويرد على الشافعية في تخصيص آية الغنيمة بحديث السلب أن هذا لو كان على سبيل الشرع العام، وهو موضع النزاع، ويرد عليهم أن قوله عليه السلام: «كلاكما قتله» مع قضائه بالسلب لأحدهما ظاهر في أن أمر السلب للإمام، وما يقولونه تعليلاً لهذا بعد قوله: «فابتدراه بسيفيهما» وقوله ﷺ «كلاكما قتله» بعد نظره في سيفيهما بعيد؛ لأنه يتضمن ثبوت الاشتراك في القتل ومباشرتهما له، وهو موجب لاشتراكهما في السلب، والقول بأنه تطييب لنفس الآخر غير مسلم، بل هو حرمان له بعد تقرير النبي عليه الصلاة والسلام أنه قتل مع صاحبه، والرسول ﷺ حاكم معتبر لجهة الحكم، فلا يصح أن يقول هذا ثم يحكم لأحدهما فقط.

فدل ذلك على أن المسألة ليست شرعاً مقرراً في نفسه، وإنما هي ترجع إلى رأي الإمام، وقد يرى إعطاء أحدهما دون الآخر، وهو الذي يقدر عوامل الإعطاء والحرمان.

وبعد هذا فالسلب نوع من التحريض، والتحريض مرة موكول إلى الإمام في أصله ونوعه، فهو الذي يشترطه، وهو الذي يتصرف فيه بما يرى، وقد جاء في مسلم وأبي داود حديث عوف بن مالك الأشجعي وهو ظاهر في أن مرجع السلب إلى الإمام، وهذا هو الحديث: عن عوف بن مالك قال: قتل رجل =

(أو يقول من أخذ شيئاً فهو له) وقد يكون بدفع مال وترغيب مآل، فالتحريض

تحقيق فيه اهـ. وصرح القرافي في شرح التنقيح، بأن المشتق إنما يكون حقيقة في الحال مجازاً في الاستقبال مختلفاً فيه في الماضي إذا كان محكوماً به، أما إذا كان متعلق الحكم كما هنا فهو حقيقة مطلقاً: يعني سواء كان بمعنى الحال أو الاستقبال أو الماضي إجماعاً، وحينئذ فلا مجاز. أبو السعود عن الحموي. وقوله: إذا كان محكوماً به كقولك: زيد قائم فإنه حكم به على زيد، بخلاف جاء القائم فإنه جعل متعلق الحكم بالمجيء، ففي الأول لا بد من أن يكون متصفاً بالقيام حال النطق، حتى يصح الحكم عليه بالصفة، وإلا كان مجازاً، بخلاف الثاني فإن قولك: جاء القائم غداً، حكم بالمجيء على ذات القائم غداً أي على من يسمى قائماً غداً: أي حال التلبس بالصفة، ومنه «من قتل قتيلاً» أي شخصاً يسمى قتيلاً عند تحقق القتل فيه، فافهم. قوله: (أو يقول من أخذ شيئاً فهو له) هذا الفرع منقول في حواشي الهداية، وللكمال فيه كلام سنذكره مع جوابه عند قول الشارح: «وجاز التنفيل بالكل». قوله: (وقد يكون بدفع مال) كأن يقول له: خذ هذه المائة واقتل هذا الكافر. تأمل، ولم أره. قوله: (وترغيب مآل) الظاهر أنه بهمزة ممدودة والإضافة على معنى «في»: أي ترغيب في المآل مثل: إن قتلت قتيلاً فلك ألف درهم، لكن يشترط أن لا يصرح بالأجر، كما سنذكره قريباً. قوله: (فالتحريض الخ) جواب عما يورد على قوله: «ونُدب للإمام الخ».

وحاصله: أن التحريض الواجب قد يكون بالترغيب في ثواب الآخرة أو في التنفيل، فهو واجب مخير، وإذا كان التنفيل أدعى الخصال إلى المقصود يكون هو الأولى، فصار المندوب اختيار إسقاط الواجب به لا هو في نفسه بل هو واجب مخير. فتح ملخصاً. وفيه رد لقول العناية: إن الأمر في الآية مصروف لمن الوجوب

ــــــــــــ

= من حمير رجلاً من العدو فأراد سلبه فمنعه خالد بن الوليد، وكان والياً عليهم، فأتى رسول الله ﷺ عوف بن مالك فأخبره بقتله، فقال لخالد: ما منعك أن تعطيه سلبه؟ فقال استكثرته يا رسول الله قال: ادفعه إليه، فمر خالد بعوف فجر بردائه، ثم قال: هل أنجزت لك ما ذكرت لك من رسول الله ﷺ؟ فسمعه رسول الله ﷺ فاستغضب فقال: «لا تعطه يا خالد هل أنتم تاركون لي أمرائي؟ إنما مثلكم ومثلهم كمثل رجل استرعى إبلاً وغنماً فرعاها ثم تحيّن سقيها فأوردها حوضاً فشرعت فيه فشربت صفوه وتركت كدره، فصفوه لكم، وكدره عليهم» رواه أحمد ومسلم، فهذا الحديث يرد على من قال إن النبي ﷺ لم يقل: من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين، فإن هذه الواقعة كانت في غزوة مؤتة، وهي قبل حنين، ويدل أيضاً على أن السلب موكول إلى الإمام ألا ترى أنه ﷺ منع خالداً من إعطاء السلب بعد ما أمره به؟، ولا يكون ذلك والقضاء بالسلب شرع لازم للقاتل والقول بأن رد السلب كان زجراً لعوف بمنعه أن عوفاً لم يكن هو صاحب الحق حتى يزجر بمنعه، وإنما صاحبه المددي الذي كان مع عوف، وهو لم يتجرأ على خالد ولم يصدر منه ما يستحق به الزجر، والزجر إنما يكون لمن أذنب، ولا تزر وازرة وزر أخرى، فكيف يزجر إنسان بمنع أجر غيره. انظر الجهاد للدكتور شحاتة.

نفسه واجب للأمر به واختيار لا داعي للمقصود مندوب ولا يخالفه تعبير القدوري: أي بلا بأس لأنه ليس مطرداً لما تركه أولى، بل يستعمل في المندوب أيضاً. قاله المصنف. ولذا عبر في المبسوط بالاستحباب (ويستحق الإمام لو قال من قتل قتيلاً فله سلبه إذا قتل هو) استحساناً (بخلاف) ما لو قال منكم أو قال (من قتلته أنا فلي سلبه) فلا يستحقه إلا إذا عمم بعده. ظهيرية. ويستحقه مستحق سهم أو رضخ فعم الذمي وغيره (وقا) أي التنفيل (إنما يكون

لقرينة. قوله: (ولا يخالفه) أي لا يخالف قول المصنف: «وندب».

مَطْلَبٌ: كَلِمَةُ «لا بَأْس» قَدْ تُسْتَعْمَلُ فِي المَنْدُوبِ

قوله: (بل يستعمل في المندوب) يظهر لي أن محله في موضع يتوهم فيه البأس: أي الشدة كما هنا، فإن فيه تخصيص الفارس بزيادة مع قطع الخمس، بل استعمل نظيره في القرآن في الواجب كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨] نفى الجناح لما كانوا يعتقدونه من حرمة السعي بين الصفا والمروة. قوله: (قاله المصنف) أي تبعاً للفتح وغيره. قوله: (ولذا) أي لكونه مندوباً لا خلاف الأولى. قوله: (استحساناً) والقياس عدمه، لأن غيره يستحق بإيجابه وهو لا يملك الإيجاب لنفسه، كالقاضي لا يملك القضاء لنفسه وجه الاستحسان أنه أوجب النفل للجيش وهو واحد منهم. قوله: (فلا يستحقه) لأنه في الأول خصهم بقوله: «منكم» فلا يتناوله الكلام، وفي الثاني: هو متهم بتخصيصه نفسه. قوله: (إلا إذا عمم بعده) أي إذا قال: إن قتلت قتيلاً فلي سلبه، ولم يقتل أحداً حتى قال: ومن قتل منكم قتيلاً فله سلبه؛ فقتل الأمير قتيلاً استحقه. لأن التنفيل صار عامة باعتبار كلاميه، ولا فرق بين كونه بكلامين أو بكلام واحد، لأن الأول لم يصح للتهمة بالتخصيص وقد زالت بالثاني. أفاده السرخسي.

وحاصله: أن التعميم حصل بمجموع الكلامين لا بالثاني فقط، فافهم. قوله: (ويستحقه) أي السلب. قوله: (وغيره) كالتاجر والمرأة والعبد. بحر. قوله: (أي التنفيل) أي تنفيل الإمام بقوله: من قتل قتيلاً إنما يكون في مباح القتل: أي وإن كان لفظ قتيلاً نكرة لكنه مقيد بمن يباح قتله، فيدخل فيه أجير لهم وتاجر منهم وعبد يخدم مولاه ومرتد أو ذمي لحق بهم ومريض أو مجروح وإن لم يستطع القتال، وشيخ فإن له رأي أو يرجى نسله لأن قتله مباح؛ نعم لو قتل مسلماً كان يقاتل في صفهم لم يكن له سلبه، لأنه وإن كان مباح الدم لكن سلبه ليس بغنيمة كأهل البغي، إلا إذا كان سلبه للمشركين أعاروه إياه. سرخسي. وما ذكره في الدر المنتقى عن البرجندي عن الظهيرية

في مباح القتل فلا يستحقه بقتل امرأة ومجنون ونحوهما ممن لم يقاتل، وسماع القاتل مقالة الإمام ليس بشرط) في استحقاقه ما نفله، إذ ليس في الوسع إسماع الكل، ويعم كل قتال في تلك السنة ما لم يرجعوا، وإن مات الوالي أو عزل ما لم يمنعه الثاني. نهر. وكذا يعم كل قتيل، لأنه نكرة في سياق الشرط، وهو «من» بخلاف إن قتلت قتيلاً،

من أنه يستحق السلب بقتل من لم يقاتل استحساناً لم أره في الظهيرية، بل الذي فيها عدم الاستحقاق كما عزاه إليها القهستاني، فافهم. قوله: (ممن لم يقاتل) حتى لو قاتل الصبي فله سلبه، لأنه مباح الدم، وكذا المرأة كما في شرح السير. قوله: (ويعم كل قتال في تلك السنة) الأولى السفرة كما عبر في البحر والنهر، وفي شرح السير: لو نفل في دار الحرب قبل القتال يبقى حكمه إلى أن يخرجوا من دار الحرب، حتى لو رأى مسلم مشركاً نائماً فقتله فله سلبه، كما لو قتله في الصف أو بعد الهزيمة؛ أما لو نفل بعد ما اصطفوا للقتال فهو على ذلك القتال حتى ينقضي ولو بقي أياماً. قوله: (وإن مات الوالي أو عزل) في شرح السير: لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله، فيما يستقبل لزوال ولايته بالعزل؛ أما لو لم يقدم أمير بل مات أميرهم فأمر عليهم غيره لم يبطل حكم تنفيل الأول لأن الثاني قائم مقامه، إلا إذا أبطله الثاني. أو كان الخليفة قال لهم: إن مات أميركم فأميركم فلان فيبطل تنفيل الأول، لأن الثاني نائب الخليفة بتقليده من جهته، فكأنه قلده ابتداء، فينقطع حكم رأي الأول برأي فوقه اهـ. ملخصاً.

وحاصله: بطلانه بالعزل، وكذا بالموت إذا نصب غيره بعده من جهة الخليفة لا من جهتهم، وهو خلاف ما في الشرح تبعاً للبحر والنهر. قوله: (لأنه نكرة في سياق الشرط) فيه أن النكرة في سياق الشرط إنما تعم في اليمين المثبت، لأن الحلف منع نفيه دون المنفي كـ إن لم أكلم رجلاً، لأنه على الإثبات كأنه قال لأكلمن رجلاً، كما في التحرير.

قلت: ذكر في التحرير أيضاً أنه قد يظهر عموم النكرة من المقام وغيره كـ «علمت نفس» وتمرة خير من جرادة، وأكرم كل رجل اهـ. وهنا كذلك كما يأتي تلوه، فافهم. قوله: (بخلاف إن قتلت قتيلاً) أي فقتل المخاطب قتيلين مثلاً لا يعم الكل، بل له سلب الأول فقط استحساناً، والقياس أنه كالأول لأنه علق استحقاقه بشرط يتكرر، فلا ينتهي بقتل الأول. وجه الاستحسان أنه في الأول لما لم يعين إنساناً بعينه فقد خرج الكلام عنه عاماً؛ ألا ترى أنه يتناول جميع المخاطبين، فكما يعم جماعتهم يعم جماعة المقتولين، وحقيقة معنى الفرق أن مقصود الإمام من تحريضهم المبالغة في النكاية في

ولو قال إن قتلت ذلك الفارس فلك كذا: لم يصح، وإن قطعت رأس أولئك القتلى فلك كذا: صح **(ولو نفل السرية)** هي قطعة من الجيش من أربعة إلى أربعمائة. مأخوذة من السري وهو المشي ليلاً. درر **(الربع وسمع العسكر دونها**

المشركين، ولا فرق في ذلك بين أن يكون القاتل للعشرة مثلاً عشرة من المسلمين أو واحداً منهم. وأما الثاني فالمقصود فيه معرفة علامة ذلك الرجل، وذلك يتم بدون إثبات العموم في المقتولين اهـ. ملخصاً من شرح السير الكبير. وقد خطر لي هذا الفرق قبل رؤيته، ولله تعالى الحمد.

وحاصله: يرجع إلى أن العموم في أحدهما استفيد من قرينة المقام كما نبهنا عليه آنفاً، فافهم. قوله: **(ولو قال إن قتلت ذلك الفارس الخ)** أقول: هذا إذا صرح بكونه أجراً، وإلا فهو تنفيل أما في السير الكبير للسرخسي، ولو قال الأمير لمسلم حر أو عبد: إن قتلت ذلك الفارس من المشركين، فلك علي أجر مائة دينار، فقتله لم يكن له أجر، لأنه لما صرح بالأجر لا يمكن حمل كلامه على التنفيل، والاستئجار على الجهاد لا يجوز وإن قال ذلك لذمي، فكذلك عندهما، وعند محمد يجوز، وأصل جواز الاستئجار على القتل عنده لا عندهما، لأنه إزهاق الروح، وليس من عمله، ولو كان الأسرى قتلى فقال من قطع رؤوسهم فله أجر عشرة دراهم، ففعل ذلك مسلم أو ذمي استحقه، لأن ذلك ليس من عمل الجهاد، ولو أراد قتل الأسرى فاستأجر عليه مسلماً أو ذمياً فهو على الخلاف اهـ. ملخصاً. وهذا صريح بأنه لو لم يصرح بالاستئجار يكون تنفيلاً، ويشهد له فروع كثيرة في السير الكبير أيضاً منها: من جاء بألف درهم فله ألفان، فجاء رجل بألف لم يكن له غير هذه بخلاف من جاء بأسير فهو له وخمسمائة درهم فإنه يعطي ذلك، لأن المقصود هنا نكاية العدو، وفيما قبله لا مقصود إلا المال، ولو قال: من قتل الملك فله عشرة آلاف دينار صح، وإن لم يحصل بقتله مال. قال حين اصطفوا للقتال: من جاء برأس فله مائة دينار فهو على رأس الرجال دون السبي، لأن المقصود في هذه الحالة التحريض على القتال اهـ. ففي هذه الفروع ذكر مال معلوم، وقد جعل تنفيلاً لا إجارة لعدم التصريح بها. فقد ظهر أن ما ذكره الشارح تبعاً للنهر عن القنية، وكذا ما نقله ح عن قاضيخان، ليس على إطلاقه. وأما القول بأن الاستئجار على الطاعات جائز عند المتأخرين. ففيه أنهم أجازوه في مسائل خاصة للضرورة، وليس الجهاد منها، ولا يصح حمل كلامهم على كل عبادة كما نبهنا عليه سابقاً، فافهم. قوله: **(ولو نفل السرية الخ)** من فروع قوله: «وسماع القاتل الخ». قوله: **(هي قطعة من الجيش الخ)** قد علمت ما فيه قبل هذا الباب. قوله: **(الربع)** أي ربع الغنيمة: أي بأن جعل لهم ربعها يأخذونه دون بقية العسكر زيادة على سهامهم.

فلهم النفل) استحساناً. ظهيرية. وجاز التنفيل بالكل أو بقدر منه لسرية لا لعسكر، والفرق في الدرر

قوله: (فلهم النفل) أي للسرية، والأولى أن يقول: «فنها» لئلا يتوهم عود الضمير على العسكر. قوله: (استحساناً) والقياس أنه لا نفل لهم، لأن المقصود التحريض، ولا يحصل إذا لم يسمعه أحد منهم، ونكلم الأمير بذلك في عسكره كتكلمه ليلاً مع عياله. وجه الاستحسان أن ما يتكلم به في عسكره يفشوا عادة، وأن عادة الملوك التكلم بين خواصهم، وتمامه في شرح السير.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي التَّنْفِيلِ الْعَامِّ بِالْكُلِّ أَوْ بِقَدْرٍ مِنْهُ

قوله: (وجاز التنفيل بالكل) بأن يقول للسرية: ما أصبتم فهو لكم سوية بينكم. قوله: (أو بقدر منه) بأن يقول: ما أصبتم فلكم ثلثه سوية بينكم بعد الخمس، أو يقول قبل الخمس: أي لكم ثلثه بعد إخراج الخمس أو قبل إخراجه. أي ثلث الأربعة الأخماس أو ثلث الكل. قوله: (والفرق في الدرر) أي الفرق بين جواز التنفيل المذكور للسرية، وعدم جوازه للعسكر، لكنه لم يذكر في الدرر في الفرق إلا التنفيل بالكل، لأنه يعلم منه الفرق في التنفيل بقدر منه، وعبارة الدرر هكذا في النهاية عن السير الكبير: فإن الإمام إذا قال لأهل العسكر جميعاً ما أصبتم فلكم نفلاً بالسوية بعد الخمس، فهذا لا يجوز، وكذا إذا قال: ما أصبتم فلكم، ولم يقل بعد الخمس، فإن فعله مع السرية جاز، وذلك أن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء، وفي التعميم إبطال تفضيل الفارس على الراجل وإبطال الخمس أيضاً إذا لم يستثن اهـ.

قلت: وما ذكره من صحته لسرية صرح به في الهداية والاختيار والزيلعي، لكن نقل في البحر عن الكمال التسوية بين العسكر والسرية في عدم الصحة حيث قال: لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية: لم يجز، لأن فيه إبطال السهمين اللذين أوجبهما الشرع، إذ فيه تسوية الفارس بالراجل، وكذا لو قال: «ما أصبتم فهو لكم» ولم يقل بعد الخمس، لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص. ذكره في السير الكبير. قال الكمال: وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله: من أصاب شيئاً فهو له، لاتحاد اللازم فيهما، وهو بطلان السهمين المنصوصين بالتسوية، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئاً أصلاً بانتهائه، فهو أولى بالبطلان، والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضاً ينتفي ما ذكر: أي صاحب الهداية من قوله: إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة، وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة اهـ. وتبعه في النهر.

أقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق: لا تنافي بين ما نقله الجماعة وما نقله الكمال بحمل الأول على السرية المبعوثة من دار الحرب، والثاني على المبعوثة من دار الإسلام، وبه يندفع ما أورده الكمال على الفرع المنقول عن الحواشي وغيره، كما يعلم مما ذكره الإمام السرخسي في السير الكبير في مواضع متفرقة منه.

وحاصله: أن السرية إذا كانت مبعوثة من دار الحرب بأن دخل الإمام مع الجيش ثم بعث سرية ونفل لهم ما أصابوا جاز، لأنهم قبل التنفيل لا يختصون بما أصابوا، وهذا التنفيل للتخصيص على وجه التحريض؛ وإن كانت السرية مبعوثة من دار الإسلام لم يكن له ذلك، وكذا لو نفل لهم الثلث بعد الخمس، أو قبل الخمس كان باطلاً، لأنه ما خص بعضهم بالتنفيل، وليس مقصوده إلا إبطال الخمس أو إبطال تفضيل الفارس على الراجل، فلا يجوز، كما لو قال: لا خمس عليكم فيما أصبتم، أو الفارس والراجل سواء فيما أصبتم فإنه يكون باطلاً، فكذا كل تنفيل لا يفيد إلا ذلك باطل، بخلاف قوله: من قتل قتيلاً فله سلبه، ومن أصاب منكم شيئاً فهو له دون بقية أصحابه، فإنه يجوز لأن فيه معنى التخصيص للتحريض، لأن القاتل يختص بالنفل، دون باقي أصحابه، وهذا وإن كان فيه إبطال الخمس عن الأسلاب، لكن المقصود منه التحريض، وتخصيص القاتلين بإبطال شركة العسكر عن الأسلاب ثم يثبت إبطال الخمس عنها تبعاً، وقد يثبت تبعاً ما لا يثبت قصداً كالشرب والطريق في البيع والوقف في المنقول يثبت تبعاً للعقار، وإن كان لا يثبت قصداً، ويوضحه أن الإمام لو ظهر على بلدة له أن يجعلها خراجاً، ويبطل منها سهام من أصابها والخمس، ولو أراد قسمتها بين الغانمين ويجعل حصة الخمس خراجاً للمقاتلة الأغنياء لم يكن له ذلك لأنه إبطال الخمس مقصوداً، فلا يجوز، وفي الأول يثبت إبطاله تبعاً لإبطال حق الغانمين في الغنيمة، فيجوز وإن كان في الموضعين تخلص المنفعة للمقاتلة اهـ. ملخصاً من مواضعه.

والذي تحرر منه ومما مر: أن تنفيل كل العسكر بكل المأخوذ أو ثلثه مثلاً بعد إخراج الخمس أو قبله لا يصح، وكذا تنفيل السرية المبعوثة من دارنا لأنها بمنزلة العسكر، والتنفيل هو تخصيص بعض المقاتلين بزيادة للتحريض، وهذا ليس كذلك، لأنه جعل كل المأخوذ أو ثلثه بين كل المقاتلين سوية بينهم، فصار المقصود منه إبطال التفاوت بين الفارس والراجل، وإبطال الخمس أيضاً إن لم يستثنه بأن لم يقل بعد الخمس وإبطال ذلك مقصوداً لا يصح، بخلاف السرية المبعوثة من الجيش في دار الحرب، لأن معنى التنفيل موجود فيها لأن المراد تمييزها من بين العسكر بجميع المأخوذ أو بثلثه لأجل تحريضها على القتال، وإن لزم منه إبطال التفاوت، والخمس

(ولا ينفل بعد الإحراز هنا) أي بدارنا (إلا من الخمس) لجوازه لصنف واحد، كما مر (وسلبه ما معه من مركبه وثيابه وسلاحه) وكذا ما على مركبه، لا ما على دابة أخرى.

(و) التنفيل (حكمه قطع حق الباقين لا الملك قبل الإحراز بدار الإسلام)

لكونه ضمناً لا قصداً، فصار بمنزلة قوله للعسكر: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فإنه تخصيص للبعض منهم، وهو القاتل، بزيادة على النفل وإن لزم منه ما ذكر، بخلاف قوله لكل العسكر: ما أصبتم فهو لكم، لأنه بمنزلة قوله ذلك للسرية المبعوثة من دار الإسلام، لعدم المشاركة لها فليس فيه تخصيص بعض دون بعض، فلا يصح كما قررناه، وبهذا التقرير ظهر صحة الفرع المنقول عن حواشي الهداية وهو: من أصاب شيئاً فهو له، لأنه تخصيص للمخاطب بما أصابه، فهو بمنزلة قوله من قتل قتيلاً فله سلبه، بخلاف قوله ما أصبتم فهو لكم، أو قال: ما أخذتم فهو لكم بالسوية، لأنه تشريك بعض بجميع المأخوذ بين جميع العسكر أو السرية، لأن معنى قسمة جميع ما يأخذه كل واحد بينهم سوية، فصار المقصود منه إبطال التفاوت، والتنفيل لا يصح إبطال ذلك قصداً كما علمت، وكذا ظهر صحة قوله لو نفل بجميع المأخوذ حتى أي بأن قال من أصاب شيئاً فهو له، بخلاف ما أصبتم فهو لكم، لما علمت من أنه تشريك لا تخصيص، ولا يرد عليه قوله إن فيه إبطال السهمين أي التفاوت بين الفارس والراجل، وكذا إبطال الخمس لما علمت من أن ذلك جائز إذا كان ضمناً لا قصداً، وهنا حيث وجد تخصيص كل أحد بما أخذه للتحريض، فقد تحقق معنى التنفيل وإن لزم منه حرمان من لم يصب شيئاً. هذا ما تحرر لي في هذا المحل، فاغتنمه فإنه من فيض المولى عز وجل. قوله: (ولا ينفل بعد الإحراز هنا) وكذا قبل الإحراز بعد الإصابة، كما أوضحناه عند قوله وندب للإمام أن ينفل وقت القتال. نهر. قوله: (لجوازه لصنف واحد) أشار به إلى أنه يشترط أن يكون المنفل المذكور لأحد الأصناف الثلاثة، فلا يجوز لغني، كما صرح به الزيلعي والقهستاني وغيرهما، وما بحثه في البحر رده في النهر وغيره. قوله: (وسلبه) بفتحتين بمعنى المسلوب، والجمع أسلاب. قوله: (ما معه من مركبه وثيابه) ومن ذهب وفضة في حقيبته أو وسطه، وخاتم، وسوار، ومنطقة في أصح الروايتين. قوله: (لا ما على دابة أخرى) ولا ما كان مع غلامه أو في خيمته. نهر. قوله: (حكمه قطع حق الباقين) أي باقي الغانمين، وحينئذ فلا خمس فيما أصابه لأحد، ويورث عنه ولو مات بدار الحرب. شرنبلالية فليحفظ. در منتقى.

قلت: ومن حكمه قطع التفاوت أيضاً فيستوي فيه الفارس والراجل كما قدمنا عن شرح السير. قوله: (لا الملك قبل الإحراز) هذا عندهما، وعند محمد يثبت، ويجب الضمان بالإتلاف. هداية وغيرها. قلت: والظاهر أن المراد بنفي ثبوت الملك عندهما

فلو قال الإمام من أصاب جارية فهي له، فأصابها مسلم فاستبرأها لم يحل له وطؤها ولا بيعها) كما لو أخذها المتلصص ثمة واستبرأها: لم تحل له إجماعاً.

(والسلب للكل إن لم ينفل) لحديث: «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك» فحملنا حديث السلب على التنفيل.

قلت: وفي معروضات المفتي أبي السعود: هل يحل وطء الإماء المشتراة من الغزاة الآن حيث وقع الاشتباه في قسمتهم بالوجه المشروع؟ فأجاب: لا توجد في زماننا قسمة شرعية، لكن في سنة ٩٤٨ وقع التنفيل الكلي فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة ابتداء. انتهى. فليحفظ، والله أعلم.

تبقى تمامه، وإلا فكيف يورث مال لم يملكه مورثه، وإثم أو من نبه عليه. در منتقى.

قوله: (لم يحل له وطؤها ولا بيعها) أي قبل الإحراز خلافاً لمحمد كما مر. قوله: (لم تحل له إجماعاً) أي حتى يخرجها ثم يستبرئها ط عن الشلبي. قوله: (والسلب للكل) أي لكل الجند إن لم ينفل الإمام به للقاتل وخصه الشافعي رحمه الله بالقاتل. در منتقى.

قوله: (لحديث الخ) ذكر في الفتح أن الحديث ضعيف، ولا يضر ضعفه لأنا نستأنس به لأحد محتملي حديث السلب أي قوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» بحمله على التنفيل وليس كل ضعيف باطلاً، وقد تضافرت أحاديث ضعيفة تفيد أن حديث السلب ليس نصباً[1] عاماً مستمراً، والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقي إلى الحسن، فيغلب الظن بأنه تنفيل، وتمام تحقيق المقام فيه. قوله: (حيث وقع الاشتباه في قسمتهم) الأولى في قسمتهن بضمير النسوة لعوده إلى الإماء، إلا أن يقال إنه عائد إلى الغزاة وفيه بعد، ثم الواقع الآن أنه لا تقسم غنيمة أصلاً كما ذكره في الجواب.

قوله: (وقع التنفيل الكلي) أي بقول السلطان: كل من أخذ شيئاً فهو له، أما لو قال: كل ما أصبتم فهو لكم، فإنه لا يصح كما مر. والمراد وقوعه لأي عسكر كان، في أي غزوة كانت، وإلا خالفه ما مر من أنه يعم كل قتال في تلك السنة ما لم يرجعوا، لكن يبقى النظر فيما بعد موت السلطان المنفل على هذا الوجه أو بعد عزله وتولية غيره، هل يبقى الأول العام أم لا؟ ويتعين عدمه ما لم ينفل الثاني مثله؟ وهكذا إلى وقتنا هذا، فقد ذكر في الحموية أن أمر السلطان لا يبقى بعد موته، وما قيل من أن كل سلطان من سلاطين آل عثمان نصرهم الله تعالى، يؤخذ عليه عهد من قبله: لا ينفع كما أوضحت ذلك في كتابي [تنبيه الولاة والحكام على شاتم خير الأنام].

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْغَنِيمَةِ الْمَأْخُوذَةِ بِلَا قِسْمَةٍ فِي زَمَانِنَا

قوله: (فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة) قد علم مما قدمناه قريباً عند قوله.

---

(١) في ط (قوله نصباً) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف والصواب نصاً.

«وجاز التنفيل بالكل» أنه لا يلزم إعطاء الخمس في التنفيل العام المقصود منه التخصيص دون التشريك، كما لا يلزم فيه تفاوت الفارس والراجل لسقوط ذلك ضمناً لا قصداً، على أن الواقع في زماننا عدم القسمة، وعدم إعطاء الخمس فكيف تنتفي الشبهة على فرض لزوم الخمس، بل الشبهة باقية من حيث أنا لا نعلم أن سلطان زماننا هل نفل تنفيلاً عاماً أم لا؟ ولا يقال: إن عدم القسمة اليوم دليل على وجود التنفيل، لأن جيوش زماننا يأخذون ما تصل إليه أيديهم سلباً ونهباً، حتى من بلاد الإسلام ولو ظهر مالكه المسلم لا يدفعه إليه إلا بثمنه فليس في حالهم ما يقتضي حملهم على الكمال، وكذا حكام هذا الزمن وأمراء الجيوش: لا ينفلون ولا يقسمون، ولا يخمسون، فالظاهر أن ما يؤخذ من الغنائم اليوم حكمه حكم الغلول، وقد ذكر في شرح السير الكبير أن الغالّ إذا ندم وأتى بما غله إلى الإمام بعد تفرق الجيش، فإن شاء رده عليه وأمره بصرفه إلى مستحقيه، وإن شاء أخذه منه ودفع خمسه لمستحقه ويكون الباقي كاللقطة، فإن لم يقدر على أهله[1] تصدق به أو جعله موقوفاً في بيت المال وكتب عليه أمره، وإن لم يأت به الغالّ إلى الإمام إن لم يقدر على رده إلى أهله فالمستحب له أن يتصدق به، وإن قدر فالحكم فيه كاللقطة ودفعه إلى الإمام أحبّ كما في اللقطة، فيعطي الخمس منه لأهله، وذكر أيضاً أن بيع الغازي سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه.

مَطْلَبٌ فِي وَطْءِ السَّرَارِي فِي زَمَانِنَا

وفي حاوي الزاهدي: اشترى جارية مأسورة لم يؤدّ منها الخمس من الأمير بنفذ، ويحل وطؤها، وإن اشتراها ممن وقعت في سهمه تنفذ في أربعة أخماسها ولا يحل له وطؤها اهـ: أي إذا قسمت ولم تخمس، وإنما حل في بيع الأمير بناء على أن له البيع قبل الإحراز، كما مر، ويكون الخمس حينئذ واجباً في الثمن لا فيها فيحل وطؤها، فإذا لم يوجد تنفيل ولا قسمة ولا شراء من أمير الجيش: لا يحل الوطء بوجه أصلاً، لكن لا نحكم على كل جارية بعينها من الغنيمة بأنها لم يوجد فيها شيء من ذلك، لاحتمال أن من أخذها اشتراها من الأمير، فارتفع تيقن الحرمة وبقيت الشبهة القوية، فإن الظاهر من حال الجيوش في زماننا عدم الشراء، ولا ترتفع الشبهة بعقده عليها لأنها حيث كانت مشتركة بين الغانمين وأصحاب الخمس، لم يصح تزويجها نفسها، فالأحوط ما نقله بعض الشافعية عن بعض أهل الورع: أنه كان إذا أراد التسري بجارية شراها ثانياً من وكيل بيت المال.

---

(١) في ط «قوله فإن لم يقدر على أهله الخ» هكذا بخطه، ولعله سقط من قلمه شيء، والأصل «فإن لم يقدر على رده إلى أهله الخ».

قلت: أي لأنه إذا حصل اليأس من معرفة مستحقيها من الغانمين صارت بمنزلة اللقطة، واللقطة من مصارف بيت المال، لكن إذا كان المشتري فقيراً له تملكها.

مطلب: فيمن له حق في بيت المال وظفر بشيء من بيت المال

ونقل في القنية عن الإمام الوبري أن من له حظ في بيت المال ظفر بما له وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة اهـ. ونظيره في الوهبانية وفي البزازية قال الإمام الحلواني: إذا كان عنده وديعة فمات المودع بلا وارث: له أن يصرف الوديعة إلى نفسه في زماننا: لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاعت، لأنهم لا يصرفونه مصارفه، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه، وإلا صرفه إلى المصرف اهـ.

وقدم الشارح هذا في باب العشر من كتاب الزكاة، وظاهره أن من له حظ في بيت المال بكونه فقيراً أو عالماً أو نحو ذلك، ووجد ما مرجعه إلى بيت المال من أي بيت من البيوت الأربعة الآتية في آخر الجزية له أخذه ديانة بطريق الظفر في زماننا، ولا يتقيد أخذه بأن يكون مرجع المأخوذ إلى البيت الذي يستحق منه، وإلا فمصرف تركة بلا وارث واللقطة هو لقيط فقير وفقير لا ولي له. وقوله: فإذا كان من أهله أي من أهل بيت المال غير مقيد بكونه من أهل ذلك البيت، كما هو ظاهر كلام الوبري أيضاً، لأنه لو تقيد بذلك لزم أن لا يأخذ مستحق شيئاً، لأن بيت المال في زماننا غير منتظم، وليس فيه بيوت مرتبة، ولو رد ما وجده إلى بيت المال لزم ضياعه لعدم صرفه الآن في مصارفه كما حررناه في باب العشر من الزكاة، فعلى هذا إذا اشترى جارية من الغنيمة: فإن كان ممن يستحق من الخمس، جاز له صرفها إلى نفسه بطريق استحقاقه من الخمس، وإن لم يكن مستحقاً منه وله استحقاق من غيره كالعالم الغني ينبغي له أن يملكها لفقير مستحق من الخمس، ثم يشتريها منه أو يملكه خمسها فقط، ثم يشتريه منه لأنه لو صرفها إلى نفسه يبقى فيها الخمس فلا يحل له وطؤها، لكن قد يقال: إن الغنيمة بعد الإحراز صارت مشتركة بين الغانمين، وأصحاب الخمس، وقد مر أن من مات بعد الإحراز يورث نصيبه، ولكن لما جهلت أصحاب الحقوق وانقطع الرجاء من معرفتهم صار مرجعها إلى بيت المال، وانقطعت الشركة الخاصة، وصارت من حقوق بيت المال، كسائر أموال بيت المال المستحقة لعامة المسلمين استحقاقاً، لا بطريق الملك، لأن من مات وله حق في بيت المال لا يورث حقه منه، بخلاف الغنيمة المحرزة قبل جهالة مستحقيها، وتفرقهم لوجود شركة خاصة، وحيث صار مرجعها بيت المال لم يبق فيها حق الخمس أيضاً، فلمن يستحق من بيت المال أن يتملكها لنفسه، هذا ما ظهر لي.

بابُ اسْتِيلاءِ الكُفّارِ

على بَعْضِهِمْ بَعْضاً، أوْ على أمْوالِنا

(إذا سبى كافر كافراً) آخر (بدار الحرب وأخذ ماله ملكه) لاستيلائه على مباح (ولو سبى أهل الحرب أهل الذمة من دارنا لا) يملكونهم لأنهم أحرار (وملكنا ما نجده من ذلك) السبي للكافر (إن غلبنا عليهم)

وقد رأيت رسالة للمحقق الشافعية السيد السمهودي قال فيها: وقد كان شيخنا الوالد قد شرى لي أمة للتسري، فذكر شيخنا العلامة محقق العصر الجلال المحلي في أمر الغنائم والشراء من وكيل بيت المال فقال له شيخنا الوالد: نحن نتملكها بطريق الظفر لما لنا من الحق الذي لا نصل إليه في بيت المال، لأن تلك الجارية على تقدير كونها من غنيمة لم تقسم قسمة شرعية قد آل الأمر فيها إلى بيت المال لتعذر العلم بمستحقيها، فقال شيخنا المحلي: نعم لكم فيه حقوق من وجوه اهـ. وهذا موافق لما نقلناه عن القنية وعن البزازية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

بابُ اسْتِيلاءِ الكُفّارِ

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض، وحكم استيلائهم علينا. فتح. وبه ظهر أنه من إضافة المصدر إلى فاعله لا إلى مفعوله أيضاً، لأنه هو ما فرغ من بيانه، فافهم. قوله: (على بعضهم بعضاً) تبع في هذا التعبير صاحب النهر، وصوابه «بعضهم على بعض» كما قال ح أو إسقاط لفظ «بعضاً» كما قال ط. قوله: (بدار الحرب) أفاد بإطلاقه أنه لا يشترط الإحراز بدار المالك، حتى لو استولى كفار الترك والهند على الروم وأحرزوها بالهند ثبت الملك لكفار الترك كما في الخلاصة. قهستاني ونحوه في البحر. ويأتي ما يؤيده، لكن ذكر ابن كمال أن الإحراز هنا غير شرط، وإنما هو مخصوص في المسألة الآتية وهي قوله: «وإن غلبوا على أموالنا الخ» على ما أفصح عنه صاحب الهداية اهـ: أي حيث أطلق هنا، وقيد بالإحراز في الآتية، وذكر في الشرنبلالية مثل ما ذكره ابن كمال، فتأمل. قوله: (لاستيلائه على مباح) أي فيملكه هو بمباشرة سببه كالاحتطاب والاصطياد. قوله: (ولو سبى الخ) ذكر المسألة بتفصيلها في الدرر عن واقعات الصدر الشهيد، ولم يذكر أموال أهل الذمة لأنها كأموالنا تملك بالإحراز، وقوله: من دارنا: الظاهر أنه احتراز عما لو لحق الذمي بدار الحرب فسبي منها، أما لو دخل دارهم على نية العود، فالظاهر أنه لا يملك بالسبي لبقاء عهد الذمة، فله حكمنا. تأمل. قوله: (من ذلك السبي للكافر) فسر اسم الإشارة بما ذكر ليفيد أنه راجع إلى المسألة الأولى دون مسألة

اعتباراً لسائر أملاكهم (وإن غلبوا على أموالنا) ولو عبداً مؤمناً (وأحرزوها بدارهم ملكوها) لا للاستيلاء على مباح،

الذمي، لأنهم إذا لم يملكوا الذمي إذا سبوه لم نملكه منهم، فافهم. قوله: (اعتباراً بسائر أملاكهم) أي كما نملك باقي أملاكهم وشمل ما إذا كان بيننا وبين المسبيين موادعة، لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالاً خرج عن ملكهم، ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة كان لنا أن نشتري من السابين لما ذكرنا، إلا إذا اقتتلوا بدارنا، لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدراً بالآخرين، لأنه على ملكهم، وتمامه في البحر عن الفتح. وقوله: لم يملكوه لعدم الإحراز، يدل على اشتراط الإحراز في المسألة المارة، كما ذكرناه.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ بَاعَ الْحَرْبِيُّ وَلَدَهُ

تنبيه: في النهر عن منية المفتي: إذا باع الحربي هناك ولده من مسلم عن الإمام أنه لا يجوز ولا يجبر على الرد. وعن أبي يوسف أنه يجبر إذا خاصم الحربي. ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد: لا يجوز في الروايات اهـ: أي لأن في إجازة بيع الولد نقض أمانه كما في ط عن الولوالجية. قوله: (ولو عبداً مؤمناً) وكذا الكافر بالأولى، وكان الأولى التعبير بالقن ليخرج المدبر والمكاتب وأم الولد، فإنهم لا يملكونهم كما سيذكره المصنف، ومثل العبد الأمة كما في الدرر.

مَطْلَبٌ: يَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ الْمَفَازَةُ وَالْبَحْرُ الْمِلْحُ

قوله: (وأحرزوها بدارهم) ويلحق بها البحر الملح ونحوه كمفازة ليس وراءها بلاد إسلام، نقله بعضهم عن الحموي. وفي حاشية أبي السعود عن شرح النظم الهاملي: سطح البحر له حكم دار الحرب اهـ. وفي الشرنبلالية قبيل باب العشر: سئل قارىء الهداية عن البحر الملح أمن دار الحرب أو الإسلام؟ أجاب: إنه ليس من أحد القبيلين لأنه لا قهر لأحد عليه اهـ. قال في الدر المنتقى هناك: لكن قدمنا في باب نكاح الكافر أن البحر الملح ملحق بدار الحرب. قوله: (ملكوها) هو قول مالك وأحمد أيضاً، فيحل الأكل والوطء لمن اشتراه منهم كما في الفتح لقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ﴾ [الحشر: ٨] سماهم فقراء، فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي هاجروا عنها، ومن لا يصل إلى ماله ليس فقيراً، بل هو ابن سبيل، ولذا عطفوا عليهم في آية الصدقات، وهذا مؤيد لما ورد من طرق كثيرة، وإن كانت ضعيفة تفيد هذا الحكم بلا شك، كما أوضحه وأطال في تحقيقه ابن الهمام. قوله: (لا للاستيلاء الخ) رد على الهداية حيث ذكر أن عند الشافعي لا يملكونها، لأن الاستيلاء محظور، فلا يفيد الملك.

لما أن الصحيح من مذهب أهل السنة: أن الأصل في الأشياء التوقف، والإباحة رأي المعتزلة، بل لأن العصمة من جملة الأحكام المشروعة، وهم لم يخاطبوا بها، فبقي في حقهم مالاً غير معصوم فيملكونه، كما حققه صاحب المجمع في

وبل أن الاستيلاء ورد على مال مباح، لأن العصمة في المال إنما تثبت على منافاة الدليل، وهو قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] فإنه يقتضي إباحة الأموال وعدم العصمة، لكنها ثبتت لضرورة تمكن المالك من الانتفاع، فإذا زالت المكنة بالاستيلاء وتباين الدارين عاد مباحاً كما كان اهـ. موضحاً من العناية والفتح.

مطلب في أن الأصل في الأشياء الإباحة

قوله: (لما أن الصحيح الخ) حاصله إن هذا التعليل المار عن الهداية مبني على أن الأصل في الأشياء الإباحة وهو رأي المعتزلة، والصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل فيها الوقف حتى يرد الشرع، بل الوجه أن العصمة ثابتة بخطاب الشرع عندنا، فلم تظهر العصمة في حقهم، وعند الشافعي هم مخاطبون بالشرائع، فظهرت العصمة في حقهم، فلا يملكونها بالاستيلاء، هذا حاصل ما في المنبع شرح المجمع.

أقول: وفيه نظر من وجوه:

الأول: أن ما مر عن الهداية ليس مبنياً على أن الأصل الإباحة، لأن الخلاف المذكور فيه إنما هو قبل ورود الشرع، وصاحب الهداية إنما أثبت الإباحة بعد ورود الشرع بمقتضى الدليل: يعني أن مقتضى الدليل إباحتها، لكن ثبتت العصمة بعارض، وقد صرح بذلك في أصول البزدوي حيث قال بعد ورود الشرع: الأموال على الإباحة بالإجماع ما لم يظهر دليل الحرمة، لأن الله تعالى أباحها بقوله: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

الثاني: أن الكفار مخاطبون بالإيمان وبالعقوبات سوى حد الشرب وبالمعاملات، وإنما الخلاف في العبادات كما قدمناه أوائل الجهاد.

الثالث: أن قوله: فلم تظهر العصمة في حقهم: أي هو مباح لهم، ففيه رجوع إلى القول بالإباحة كما أفاده ط.

الرابع: أن نسبة الإباحة إلى المعتزلة مخالف لما في كتب الأصول، ففي تحرير ابن الهمام: المختار الإباحة عند جمهور الحنفية والشافعية اهـ. وفي شرح أصول البزدوي للعلامة الأكمل: قال أكثر أصحابنا وأكثر أصحاب الشافعي: إن الأشياء التي يجوز أن يرد الشرع بإباحتها وحرمتها قبل وروده على الإباحة، وهي الأصل فيها حتى أبيح لمن لم

شرحه، ويفترض علينا اتباعهم، فإن أسلموا تقرّر ملكهم (وإن غلبنا عليهم) أي بعد ما أحرزوها بدارهم، أما قبله فهي لمالكها مجاناً مطلقاً (فمن وجد ملكه قبل القسمة) بين المسلمين لا بين الكفار، كما حققه في الدرر (فهو له مجاناً) بلا شيء (وإن وجده بعدها فهو له بالقيمة)

يبلغه الشرع أن يأكل ما شاء، وإليه أشار محمد في الإكراه حيث قال: أكل الميتة وشرب الخمر لم يحرما إلا بالنهي، فجعل الإباحة أصلاً والحرمة بعارض النهي، وهو قول الجبائي وأبي هاشم وأصحاب الظاهر. وقال بعض أصحابنا وبعض أصحاب الشافعي ومعتزلة بغداد: إنها على الحظر. وقالت الأشعرية وعامة أهل الحديث: إنها إلى الوقف، حتى إن من لم يبلغه الشرع يتوقف ولا يتناول شيئاً، فإن تناول لم يوصف فعله بحل ولا حرمة. وقال عبد القاهر البغدادي: تفسيره لا يستحق ثواباً ولا عقاباً وإليه مال الشيخ أبو منصور اهـ. وبسط أدلة الأقوال فيه. قوله: (ويفترض علينا اتباعهم) أي لاستنقاذ أموالنا ما داموا في دار الإسلام، فإن دخلوا دار الحرب لا يفترض؛ والأولى الاتباع، بخلاف الذراري يفترض اتباعهم مطلقاً. بحر عن المحيط. وقوله: «مطلقاً» أي، وإن دخلوا دار الحرب، لكن ما لم يبلغوا حصونهم كما قدمناه أول الجهاد عن الذخيرة. قوله: (فإن أسلموا تقرر ملكهم) أي لا سبيل لأربابها عليها بحر عن شرح الطحاوي؛ وعبر الشارح بالتقرر؛ لأن ملكهم بعد الإحراز قبل الإسلام، على شرف الزوال إذا غلبنا عليهم، وبهذا التعبير صح ذكر هذه المسألة في شرح قوله: «وإن غلبوا على أموالنا الخ» ليفيد أنه قوله: «ملكوها» أي ملكاً على شرف الزوال، وإلا كان المناسب ذكرها عند قوله: «وملكنا ما نجده من ذلك الخ» بأن يقول: إلا أن كانوا أسلموا التقرر ملكهم. تأمل. قوله: (أما قبله) أي قبل الإحراز. قوله: (مطلقاً) أي قبل القسمة أو بعدها. قوله: (فمن وجد ملكه) الإضافة للعهد: أي الذي يملكه الكفار، فلو دخل في دارنا حربي بأمان وسرق من مسلم طعاماً أو متاعاً وأخرجه إلى دارهم ثم اشتراه مسلم وأخرجه إلى دارنا أخذه مالكه بلا شيء، وكذا لو أبق عبد إليهم ثم اشتراه مسلم، كما في المحيط وغيره. قهستاني. قوله: (كما حققه في الدرر) أي راداً على ما وقع في شرح المجمع لمصنفه من حمل القسمة على القسمة بين الكفار، حيث قال: إنه مخالف لجميع الكتب كما لا يخفى على أولي الأبصار. قوله: (بلا شيء) تفسير لقوله: «مجاناً». قوله: (بالقيمة) أي قيمته يوم أخذ الغانم. قهستاني. وفيه أيضاً أنه لو مات المالك لا سبيل لوارثه، لأن الخيار لم يورث اهـ: أي لأنه مخير بين أخذه بالقيمة وتركه، لكن نقل السائحاني عن الخانية لو مات المأسور منه بعد إخراج المشتري من العدو، لورثته أخذه على قول محمد: لا لبعض الورثة، وعن أبي يوسف: ليس للورثة أخذه.

جبراً للضررين بالقدر الممكن (ولو) كان ملكه (مثلياً فلا سبيل له عليه بعدها) إذ لو أخذه: أخذه بمثله فلا يفيد ولو قبلها أخذه مجاناً كما مر (وبالثمن) الذي اشتراه به (لو اشتراه منهم تاجر) أي من العدو وأخرجه إلى دارنا، وبقيمة العرض لو اشتراه به، وبالقيمة لو اتهبه منهم. زاد في الدرر: أو ملكه بعقد فاسد. لكن في البحر: شراه بخمر أو خنزير ليس لمالكه أخذه باتفاق الروايات، وكذا لو شراه بمثله نسيئة أو بمثله قدراً ووصفاً بعقد صحيح أو فاسد لعدم الفائدة، فلو بأقل قدراً وأردأ وصفاً فله أخذه لأنه يفيد، وليس بربا لأنه فداء

تنبيه: في الشرنبلالية عن الجوهرة: لو كان عبداً فأعتقه من وقع في سهمه نفذ عتقه وبطل حق المالك، وإن باعه أخذه مالكه بالثمن. وليس له نقض البيع. قوله: (جبراً للضررين الخ) لأن المالك القديم يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه، ومن وقع العين في نصيبه يتضرر بالأخذ منه مجاناً، لأنه استحقه عوضاً عن سهمه في الغنيمة، فقلنا بحق الأخذ بالقيمة جبراً للضررين بالقدر الممكن، وقبل القسمة الملك فيه للعامة، فلا يصيب كل فرد منهم ما يبالي بفوته فلا يتحقق الضرر اهـ درر. قوله: (ولو قبلها الخ) مكرر مما قبله ط. قوله: (الذي اشتراه) الضمير المستتر عائد إلى تاجر، لأنه وإن تأخر في اللفظ لكنه متقدم في المعنى، لأنه في جواب الشرط. فكان التقدير: ولو اشتراه منهم تاجر أخذه بالثمن الذي اشتراه به. قوله: (وبالقيمة لو اتهبه منهم) لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة. بحر. وفيه إشارة إلى أنه لو مثلياً لا فائدة في أخذه كما مر. قوله: (أو ملكه بعقد فاسد) أي فإنه يأخذه بالقيمة لو قيمياً. قوله: (ليس لمالكه أخذه) أي بالخمر والخنزير، بل يأخذه بقيمة نفسه، كما نقله في النهر عن السراج الوهاج، وحينئذ لا معنى للاستدراك، بل كان ينبغي أن يقول: أو ملكه بعقد فاسد كما لو شراه بخمر أو خنزير. ح.

قلت: لكن صاحب السراج قال في الجوهرة: وإن اشتراه بخمر أو خنزير أخذه بقيمة الخمر، وإن شاء تركه اهـ. إلا أن يحمل هذا على ما إذا كان المبيع مثلياً، وما في السراج على ما إذا كان قيمياً. تأمل. ولم يذكر هل له أخذه بقيمة الخنزير؟ والظاهر نعم يجعل قيمة الخنزير قائمة مقام المبيع لا مقام الخنزير كما ذكروه في الشفعة، فيما لو شتري دار بخنزير وشفيعها مسلم يأخذها بقيمة الخنزير وتكون قائمة مقام الدار، فتأمل. قوله: (وكذا لو شراه الخ) أي ليس لمالكه أخذه وهذا تقييد لقول المتن وبالثمن الخ. قوله: (فلو بأقل قدراً) كما لو كان التاجر اشترى قفيز بر بنصف قفيز منه. قوله: (أو أردأ وصفاً) كأن اشترى قفيزاً جيداً بأردأ منه، وكذا لو بالعكس. قوله: (وليس بربا لأنه فداء) أي لا عوض، وهذا راجع إلى قوله فلو بأقل قدراً، أما الأردأ وصفاً فبعد التماثل في القدر، فلا يتوهم كونه ربا لأن جيدها ورديئها سواء. قوله:

(وإن) وصلية (فقأ عينه) أو قطع يده (وأخذ) مشتريه (أرشه) أو فقأها المشتري، فيأخذه بكل الثمن إن شاء، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من (والقول للمشتري في مقداره) أي الثمن (بيمينه عند عدم البرهان) لأن البينة مبينة، ولو برهنا فبينة المالك أيضاً خلافاً للثاني. نهر (وإن تكرر الأسر والشراء) بأن أسر ثانياً وشرى آخر (أخذ) المشتري (الأول من الثاني بثمنه) جبراً لورود الأسر على ملكه، فكان الأخذ له (ثم يأخذ) المالك (القديم بالثمنين إن شاء) لقيامه عليه بهما. وقبل أخذ الأول لا يأخذ القديم كي لا يضيع الثمن (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا

(وإن وصلية) أي واصلة ما بعدها بما قبلها لا شرطية. قوله: (فقأ عينه) الأنسب أن يرسم فقيء بالياء مبنياً للمجهول. وصورة المسألة: إذا أخذ الكفار عبداً ودخلوا به دار الحرب، فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه به المشتري من العدو، ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح، فكان الأرش حاصلاً في ملكه. ولو أخذه قيمياً يأخذه بقيمته لأن الأرش دراهم أو دنانير، وتمامه في العناية. قوله: (أو فقأها المشتري) أشار به إلى قول البحر: إنه لا فرق في الفاقئ، بين أن يكون المشتري أو غيره. قوله: (لأن الأوصاف الخ) أي والعين كالوصف، لأنها بها يحصل وصف الإبصار وقد كانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء منه، والعقر كالأرش. نهر. قوله: (والقول للمشتري الخ) لأنه ينكر استحقاق الأخذ بما يدعيه المالك القديم كالمشتري مع الشفيع. قوله: (لأن البينة مبينة) أي مظهرة وهو علة لمقدر، وهو إنما عند وجود البرهان من أحدهما فيقبل لأن الخ. قوله: (أيضاً) أي كما أن بينة المالك تقبل إذا برهن وحده كما علم مما قبله. قوله: (خلافاً للثاني) فإن البينة عنده بينة المشتري، ولا يخفى أن الأوجه الأول، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر مع من يكون القول قوله، وهو المشتري، فبينة المالك أقوى لإثباتها خلافه. هذا ما ظهر لي، فافهم. قوله: (وإن تكرر الأسر والشراء) قيد بالتكرار لأن المشتري الأول لو وهبه كان لمولاه أخذه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم. فتح. قوله: (لورود الأسر على ملكه) أي على ملك المشتري الأول فكان الأخذ له، حتى لو أبى أن يأخذه ثم حرر المشتري الثاني إعتاقه للأول صح. قوله: (ثم يأخذ المالك القديم) أي ثم بعد أخذ المشتري الأول من المشتري الثاني إذا أراد المالك الأول أن يأخذه من المشتري الأول، يأخذه بالثمنين. قوله: (وقبل أخذ الأول) الظرف متعلق بما بعده وهو قوله: لا يأخذه القديم. قال في النهر: أي لا يأخذه المالك القديم من الثاني، ولو كان الأول غائباً أو حاضراً أبى عن أخذه، لأن الأسر ما ورد على ملكه. قوله: (كي لا يضيع الثمن) أي على المشتري الأول. قوله: (ومدبرنا) ظاهر في المدبر المطلق، أما المقيد فهل يملكونه أو لا؟ وفي تعليل

ومكاتبنا) لحريتهم من وجه، فيأخذه مالكه مجاناً، لكن بعد القسمة تؤدى قيمته من بيت المال (ونملك عليهم جميع ذلك بالغلبة) لعدم العصمة (ولو ندّ إليهم دابة ملكوها) لتحقق الاستيلاء، إذ لا يد للعجماء (وإن أبق إليهم قن مسلم فأخذوه) قهراً (لا) خلافاً لهما، لظهور يده على نفسه بالخروج من دارنا فلم يبق محلاً للملك (بخلاف ما إذا أبق إليهم بعد ارتداده فأخذوه) ملكوه اتفاقاً. ولو أبق ومعه

المصنف بأن الاستيلاء إنما يكون سبباً للملك إذا لاقى محلاً قابلاً للملك، إشارة إلى ملكهم المقيد. شرنبلالية. قوله: (فيأخذه مالكه) ولو في يد تاجر اشتراه منهم أو واحد من العسكر. نهر. قوله: (تؤدى قيمته) أي لمن وقع في سهمه.

مَطْلَبٌ فِي قَوْلِهِمْ: إِنَّ أَهْلَ الْحَرْبِ أَرِقَّاءُ

قوله: (ونملك عليهم جميع ذلك) فلو أهدى ملكهم لمسلم هدية من أحرارهم ملكه، إلا إذا كان قرابة له، ولو دخل دارهم مسلم بأمان ثم اشترى من أحدهم ابنه، ثم أخرجه إلى دارنا قهراً: ملكه، وهل يملكه في دارهم؟ خلاف، والصحيح، لا. كما في المحيط. وفيه إشعار بأن الكفار في دارهم أحرار؛ وليس كذلك فإنهم أرقاء فيها وإن لم يكن ملك لأحد عليهم على ما في المستصفى وغيره. قهستاني ملخصاً. در منتقى.

قلت: لكن قدمنا في العتق أن المراد بكونهم أرقاء أي بعد الاستيلاء عليهم، أما قبله فهم أحرار لما في الظهيرية، لو قال لعبده نسبك حر أو أصلك حر، إن علم أنه سبي لا يعتق، وإلا عتق. قال: وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار اهـ. وما في المحيط دليل عليه أيضاً. قوله: (ولو ندّ) أي نفر من باب ضرب مصدره الندود كما في البحر عن المغرب. قوله: (إذ لا يد للعجماء) أي للدابة لكونها لا تعقل. قوله: (وإن أبق إليهم قن الخ) أي سواء كان لمسلم أو ذمي، قيد بقوله: «إليهم» لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه اتفاقاً. وبقوله: «مسلم» احترازاً عن المرتد كما يأتي، وفي العبد الذمي إذا أبق قولان كما في الفتح، وبقوله: «قهراً» لما في شرح الوقاية من أن الخلاف فيما أخذوه قهراً وقيدوه؛ أما إذا لم يكن قهراً فلا يملكونه اتفاقاً. نهر. قوله: (لا) أي لا يملكونه، فيأخذه المالك القديم بلا شيء، سواء كان موهوباً منهم للذي أخرجه أو مشترى أو مغنوماً، لكن لو أخذه بعد القسمة يعوض الإمام المأخوذ منه من بيت المال، وتمامه في الفتح. قوله: (لظهور يده على نفسه) لأنه آدمي مكلف له يد على نفسه، وإنما سقط اعتبار يده لتمكين المولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب، فظهرت يد العبد على نفسه وصار معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للتملك، بخلاف ما إذا أخذوه من دارنا، لأن يد المولى قائمة حكماً لقيام يد أهل الدار، وتمامه في الفتح. قوله: (ملكوه اتفاقاً) لعدم اليد والعصمة. ط.

فرس أو متاع فاشترى رجل ذلك (كله منهم أخذ) المالك (العبد مجاناً) لما مر أنهم لا يملكونه وأخذ (غيره بالثمن) لأنهم ملكوه (وعتق عبد مسلم) أو ذمي لأنه يجبر على بيعه أيضاً. زيلعي (شراه مستأمن هينا وأدخله دارهم) إقامة لتباين الدارين مقام الإعتاق كما لو استولوا عليه وأدخلوه دارهم فأبق منهم إلينا: قيد بالمستأمن لأنه لو شراه حربيٌّ لا يعتق عليه اتفاقاً لمانع حق استرداده.

قوله: (وأخذ غيره بالثمن مجاناً[1]) أي عند الإمام، وعندهما بالثمن أيضاً اعتباراً لحالة الاجتماع بالانفراد، ولا تكون يده على نفسه مانعة من استيلاء الكفار على مانعه لقيام الرق المانع للملك بالاستيلاء لغيره. بحر. ونظر فيه في الفتح بأن ملكهم ما معه لإباحته، وإنما يصير مباحاً إذا لم تكن عليه يد لأحد وهذا عليه يد العبد. قوله: (وعتق عبد مسلم) أي عند أبي حنيفة، ومثله ما لو أسلم في يده، كما في العناية.

مَطْلَبٌ: إذَا شَرَى الْمُسْتَأْمِنُ عَبْداً مُسْلِماً يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ

قوله: (لأنه) أي المستأمن يجبر على بيعه: أي بيع العبد الذمي الذي شراه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب كما في الزيلعي عن النهاية عن الإيضاح. قوله: (إقامة لتباين الدارين الخ) هذا وجه قول الإمام، وقالا: لا يعتق، لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه، فبقي في يده عبداً، وله أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب، فيقام الشرط، وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصاً له، كما يقام مضيّ الثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب. ابن كمال. قوله: (كما لو استولوا عليه الخ) ذكر هذا الفرع في الدرر، لكن ذكر في البزازية وكذا في التاترخانية عن الملتقط: عبد أسره أهل الحرب وألحقوه بدارهم، ثم أبق منهم، يرد إلى سيده. وفي رواية: يعتق اهـ. وظاهره أن المرجح عدم العتق، وهو ظاهر لأن سيده المسلم له حق استرداده كما يوضحه ما يأتي عقبه. قوله: (قيد بالمستأمن الخ) عبارة النهر هكذا: قيد بشراء المستأمن، لأن الحربي لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لا يعتق عليه اتفاقاً، للمانع عنده من عمل المقتضي عمله؛ وهو حق استرداد المسلم اهـ. وبه يظهر ما في عبارة الشارح من الخلل. قوله: (لمانع حق استرداده) الإضافة بيانية: أي لمانع هو حق استرداد المولى المسلم عبده.

وحاصله: الفرق من جهة الإمام بين هذه المسألة وما قبلها، وهو أن كلاماً فيمن

---

(1) في ط (قوله وأخذ غيره بالثمن مجاناً) هكذا بخطه والذي في الشرح (بالثمن) فقط بدون زيادة كلمة «مجاناً» على أنه لا معنى للجمع بينهما.

نهر (كعبد لهم أسلم ثمة فجاءنا) إلى دارنا أو إلى عسكرنا ثمة، أو اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي ثمة، أو عرضه على البيع وإن لم يقبل المشتري. بحر (أو ظهرنا عليهم) ففي هذه التسع صور يعتق العبد بلا إعتاق، ولا ولاء لأحد عليه، لأن هذا عتق حكمي. درر. وفي الزيلعي: لو قال الحربي لعبده آخذاً بيده: أنت حرّ لا يعتق عند أبي حنيفة،

ملكه الحربي في دارنا ووجب إزالته عن ملكه، وهنا لم يملكه قبل إدخاله دارهم، فكان للمولى حق استرداده، فلو أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه جبراً؛ فكان ذلك مانعاً من عمل المقتضي عمله: أي من تأثير تباين الدارين في الإعتاق. قوله: (كعبد لهم الخ) أي كما يعتق عبد الخ، وهذا على قوله خلافاً لهما. قوله: (أسلم ثمة) أي في دار الحرب وهو قيد اتفاقي، إذ لو خرج مراغماً لمولاه فأسلم في دارنا فالحكم كذلك، بخلاف ما إذا خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجة، فأسلم في دارنا، فإن حكمه أن يبيعه الإمام، ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي. بحر. قوله: (أو إلى عسكرنا ثمة) لا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم. فتح. قوله: (أو اشتراه مسلم الخ) أي يعتق خلافاً لهما، لأن قهر مولاه زال حقيقة بالبيع، وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه، إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الإزالة. بحر. قوله: (أو عرضه على البيع الخ) لأنه لما عرضه فقد رضي بزوال ملكه. فتح. قوله: (ففي هذه التسع صور) أقول: بل هي إحدى عشرة صورة، إلا أن العبد الذي اشتراه المستأمن وأدخله دارهم إما مسلم أو ذمي، وقوله كما لو استولوا عليه: أي على العبد المسلم أو الذمي. اهـ ح.

قلت: مسألة الاستيلاء قد علمت ما فيها؛ نعم يزاد مسألة ما لو خرج مراغماً لمولاه. قوله: (ولا ولاء لأحد عليه الخ) عزاه في الدرر إلى غاية البيان عن شرح الطحاوي، واعترض بأن الذي في شرح الطحاوي: «ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلماً لأحد، لأن هذا عتق حكمي» اهـ. فقد خصه بالخارج إلينا.

قلت: لكن المتبادر لصاحب الدرر أن العتق حكمي في الكل، فالظاهر عدم الفرق. قوله: (لو قال الحربي الخ) الذي تقدم من المسائل صح فيه العتق بلا إعتاق، وهذه بالعكس، لأن العتق لم يصح فيها مع صريح الإعتاق، والمراد بالحربي من كان منشؤه دار الحرب، سواء أسلم هناك أو بقي على حربيته احترازاً عن مسلم دخل دار الحرب، فاشترى عبداً حربياً فأعتقه، فالاستحسان أنه يعتق بلا تخلية وله الولاء، كما حررناه أول باب العتق، فراجعه. قوله: (آخذاً بيده) أي لم يخل سبيله. قوله: (لا يعتق عند أبي حنيفة) حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه، وعندهما: يعتق لصدور ركن

لأنه معتق بيانه، مسترق بنانه.

باب المستأمن

أي الطالب للأمان (هو من يدخل دار غيره بأمان) مسلماً كان أو حربياً (دخل مسلم دار الحرب بأمان حرم تعرضه لشيء) من دم ومال وفرج (منهم) إذ «المسلمون عند شروطهم» (فلو أخرج) إلينا (شيئاً ملكه) ملكاً (حراماً) للغدر (فيتصدق به) وجوباً،

العتق من أهله، بدليل صحة إعتاقه عبداً مسلماً في دار الحرب في محله لكونه مملوكاً. قوله: (لأنه معتق بيانه) أي بتصريحه بلسانه مسترق بنانه: أي بيده، وهذا وجه قول الإمام. قال الزيلعي: وهذا لأن الملك كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده في دار الحرب، فيكون عبداً له، بخلاف المسلم، لأنه ليس بمحل التملك بالاستيلاء اهـ. والله سبحانه أعلم.

باب المستأمن

بكسر الميم: اسم فاعل بقرينة التفسير، ويصح بالفتح اسم مفعول والسين والتاء للصيرورة: أي من صار مؤامناً. أفاده ط. قوله: (دار غيره) المراد بالدار: الإقليم المختص بقهر ملك إسلام أو كفر، لا ما يشمل دار السكنى حتى يرد أنه غير مانع، فافهم. قوله: (حرم تعرضه لشيء الخ) شمل الشيء أمته المأسورة لأنها من أملاكهم بخلاف زوجته وأم ولده ومدبرته لعدم ملكهم لهن وكذا ما أسروه من ذراري المسلمين، فله تخليصهم من أيديهم إذا قدر، أفاده في البحر.

تنبيه: في كافي الحاكم وإن بايعهم الدرهم بدرهمين نقداً أو نسيئة أو بايعهم بالخمر والخنزير والميتة فلا بأس بذلك، لأن له أن يأخذ أموالهم برضاهم في قولهما: ولا يجوز شيء من ذلك في قول أبي يوسف اهـ. قوله: (إذ المسلمون عند شروطهم) لأنه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم، والغدر حرام، إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل غيره بعلمه ولم يمنعه، لأنهم هم الذين نقضوا العهد. بحر. قوله: (فلو أخرج الخ) تفريع لكون الملك حراماً على حرمة التعرض كما أشار إليه بقوله: «للغدر» فافهم. قوله: (فيتصدق به) لحصوله بسبب محظور، وهو الغدر، حتى لو كان جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه، بخلاف المشتراة شراء فاسداً، فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة، وتحل للمشتري منه لأنه يباع بيعاً صحيحاً فانقطع به حق البائع الأول في الاسترداد، وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيه، وتمامه في الفتح وفيه: لو تزوج امرأة منهم ثم أخرجها إلى دارنا قهراً ملكها فينفسخ النكاح ويصح

قيد بالإخراج لأنه لو غصب منهم شيئاً رده عليهم وجوباً (بخلاف الأسير) فيباح تعرضه (وإن أطلقوه طوعاً) لأنه غير مستأمن، فهو كالمتلصص (فإنه يجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفرج) لأنه لا يباح إلا بالملك (إلا إذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته) لأنهم ما ملكوهن بخلاف الأمة (ولم يطأهن أهل الحرب) إذ لو وطؤوهن تجب العدة للشبهة (فإن أدانه حربي ديناً ببيع أو قرض وبعكسه أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم نقض) لأحد (بشيء) لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى بل فيما يستقبل (ويفتي المسلم برد المغصوب).

بيعه لها، وإن طاوعته لا يصح بيعها لأنه لم يملكها، وقيدوا بإخراجها كرهاً بما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها، ولا بد منه إذ لو أخرجها لاعتقاد أن له أن يذهب بزوجته إذا أوفاها المعجل ينبغي أن لا يملكها اهـ. قوله: (قيد بالإخراج لأنه لو غصب الخ) يعني: ولم يخرجه لأنه محترز القيد، وعبارته في الدر المنتقى: قيد بالإخراج لأنه لو لم يخرجه وجب رده عليهم للغدر. قوله: (وإن أطلقوه) أي تركوه في دارهم. فتح. قوله: (لأنه لا يباح إلا بالملك) ولا ملك قبل الإحراز بدارنا. قوله: (إلا إذا وجد) أي الأسير ومثله التاجر كما قدمناه. وفي قوله: «امرأته» إشارة إلى بقاء النكاح، سواء سبيت الزوجة قبل زوجها أو بعده، لكن في فتاوى قاري، الهداية أن المأسورة تبين. شرنبلالية. ثم نقل في النكاح ما يفيد أنها لا تبين، لعدم تباين الدارين. قال: فليتأمل فيما في فتاوى قاري، الهداية. در منتقى. قوله: (بخلاف الأمة) أي الفنة المأسورة، فلا يحل له وطؤها مطلقاً لأنها مملوكة لهم. بحر. قوله: (تجب العدة) فلا يجوز وطؤهن حتى تنقضي عدتهن. بحر. قوله: (للشبهة) أي شبهة الملك، ففي البحر في غير هذا الموضع عن المحيط: لأنهم باشروا الوطء على تأويل الملك فتجب العدة ويثبت النسب اهـ. قوله: (فإن أدانه التاجر) الذي دخل دار الحرب بأمان. قوله: (ببيع أو قرض) ظاهره شمول الدين القرض، وهو موافق لما في المغرب، مخالف لما في القاموس.

وفي «طلبة الطلبة» ما حاصله: أن من قصر المداينة على البيع بالدين شدّد فقال أدان من باب الافتعال: ومن أدخل فيه القرض ونحوه مما يجب في الذمة بالعقد أو الاستهلاك خفف، وتمامه في النهر. قوله: (وبعكسه) أي بأن أدان حربياً. قوله: (لأنه ما التزم الخ) قال الزيلعي: لأن القضاء يستدعي الولاية ويعتمدها، ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً، إذ لا قدرة للقاضي فيه على من هو في دار الحرب، ولا وقت القضاء على المستأمن، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله، وإنما التزمه فيما يستقبل، والغصب في دار الحرب سبب يفيد الملك، لأنه استيلاء على مال مباح غير

زيلعي، زاد الكمال (و) يرد (الدين) أيضاً (ديانة) لا قضاء، لأنه غدر (وكذا الحكم) يجري (في حربيين فعلا ذلك) أي الإدانة والغصب (ثم استأمنا) لما بينا (خرج حربي مع مسلم إلى العسكر فادعى المسلم أنه أسيره، وقال) الحربي (كنت مستأمناً فالقول للحربي إلا إذا قامت قرينة) ككونه مكتوفاً أو مغلولاً عملاً بالظاهر. بحر (وإن خرجا) أي الحربيان (مسلمين) وتحاكما (قضي بينهما بالدين) لوقوعه صحيحاً للتراضي (و) أما (الغصب فـ) ـلا، لما مر أنه ملكه (قتل أحد المسلمين المستأمنين صاحبه) عمداً أو خطأ (تجب الدية) لسقوط القود ثمة، كالحد (في ماله) فيهما لتعذر الصيانة على العاقلة مع تباين الدارين (والكفارة) أيضاً (في الخطأ) لإطلاق النص (وفي) قتل أحد (الأسيرين) الآخر (كفر فقط)

معصوم، فصار كالإدانة، وقال أبو يوسف: يقضي بالدين على المسلم دون الغصب، لأنه التزم أحكام الإسلام حيث كان. وأجيب بأنه إذا امتنع في حق المستأمن امتنع في حق المسلم أيضاً تحقيقاً للتسوية بينهما اهـ. ملخصاً. قال في الفتح: ولا يخفى ضعفه، فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب، لوجوب إبطال حق الآخر بموجب، بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك. قوله: (لأنه غدر) لأنه التزم بالأمان أن لا يغدرهم، ولا يقضى عليه لما ذكرنا. زيلعي: أي من أنه استيلاء على مال مباح.

والحاصل: أن الملك حصل بالاستيلاء فلا يقضى عليه بالرد، لكنه بسبب محظور وهو الغدر، فأورث خبثاً في الملك، فلذا يفتى بالرد: ديانة، فافهم. قوله: (لما بينا) في قوله: «لأنه ما التزم حكم الإسلام الخ». قوله: (ككونه مكتوفاً أو مغلولاً) أو مع عدد من المسلمين. بحر. قوله: (لوقوعه صحيحاً) أي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام. بحر. قوله: (للتراضي) علة لكونه صحيحاً. قوله: (لما مر) أي أول الباب السابق، ولا يؤمر بالرد، لأن ملكه صحيح لا خبث فيه. نهر: أي لأنه لا غدر فيه، بخلاف المستأمن. قوله: (لسقوط القود) أي في العمد، لأنه لا يمكن استيفاء القود إلا بمنعة، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب. بحر. قوله: (كالحد) أي كسقوط الحد لو زنى أو سرق لعدم الولاية. قوله: (فيهما) أي في العمد والخطأ. قوله: (لتعذر الصيانة) علة لقوله في: «ماله» أي لا على العاقلة، لأن وجوب الدية على العاقلة بسبب تركهم صيانته عن القتل، ولا قدرة لهم عليها مع تباين الدارين، وهذا في الخطأ، فكان ينبغي أن يزيد: ولأن العواقل لا تعقل العمد. قوله: (لإطلاق النص) هو قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

لما مر بلا دية (في الخطأ) ولا شيء في العمد أصلاً؛ لأنه بالأسر صار تبعاً لهم؛ فسقطت عصمته المقوّمة لا المؤثمة فلذا يكفر في الخطأ (كقتل مسلم) أسيراً أو (من أسلم ثمة) ولو ورثته مسلمون ثمة، فيكفر في الخطأ فقط لعدم الإحراز بدارنا.

فصل في استئمان الكافر

لا يمكن حربي مستأمن فينا سنة

مؤمنة﴾ [النساء ٩٢] بلا تقييد بدار الإسلام أو الحرب. درر. قوله: (لما مر) أي من إطلاق النص. قوله: (ولا شيء في العمد أصلاً) أي لا كفارة لأنه لا تجب في العمد عندنا، ولا قود لما ذكره، وهذا عنده، وقالا: في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد، وتمامه في البحر. قوله. (لأنه بالأسر الخ) بيان للفرق من جهة الإمام بين المستأمنين والأسيرين، وذلك أن الأسير صار تبعاً لهم بالقهر حتى صار مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم كعبيد المسلمين، فإذا كان تبعاً لهم فلا يجب بقتله دية كأصله وهو الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا، وهو المراد بقوله: «كقتل مسلم من أسلم ثمة» أي في دار الحرب، فإنه لا يجب بقتله إلا الكفارة في الخطأ، لأنه غير متقوّم لعدم الإحراز بالدار، فكذا هنا لبطلان الإحراز الذي كان في دارنا بالتبعية لهم في دارهم، وأما المستأمن فغير مقهور لإمكان خروجه باختياره فلا يكون تبعاً لهم، وتمامه في الزيلعي. قوله: (فسقطت عصمته المقومة) هي ما توجب المال أو القصاص عند التعرض، والمؤثمة ما توجب الإثم، والأولى تثبت بالإحراز بالدار كعصمة المال لا بالإسلام عندنا؛ فإن الذمي مع كفره يتقوم بالإحراز، والثانية بكونه آدمياً، لأنه خلق لإقامة الدين، ولا يتمكن من ذلك إلا بعصمة نفسه بأن لا يتعرض له أحد، ولا يباح قتله إلا بعارض. أفاده الزيلعي. قوله: (كقتل مسلم أسيراً) أفاد أن تصوير المسألة بالأسيرين غير قيد، بل المعتبر كون المقتول أسيراً، لأن المناط كون المقتول صار تبعاً لهم بالقهر كما علمت، سواء كان القاتل مثله أو مستأمناً، فلو كان بالعكس بأن قتل الأسير مستأمناً فالظاهر أنه كقتل أحد المستأمنين صاحبه، كما بحثه ح. قوله. (ولو ورثته مسلمون ثمة) كذا في غالب النسخ، وكان حقه أن يقول: «مسلمين» لأنه خبر «كان» المقدرة بعد «لو». وفي بعض النسخ «المسلمون» فهو صفة لورثته، وخبر «كان» قوله: «ثمة» والله سبحانه أعلم.

فصل في استئمان الكافر

قوله: (ولا يمكن حربي مستأمن الخ) قيد بالمستأمن لأنه لو دخل دارنا بلا أمان:

لئلا يصير عيناً لهم وعوناً علينا (وقيل له) من قبل الإمام (إن أقمت سنة) قيد اتفاقي لجواز توقيت ما دونه كشهر وشهرين. درر. لكن ينبغي أن لا يلحقه ضرر بتقصير المدة جداً. فتح (وضعنا عليك الجزية فإن مكث سنة) بعد قوله (فهو ذمي) ظاهر المتون أن قول الإمام له ذلك شرط لكونه ذمياً، فلو أقام سنة أو سنتين قبل القول، فليس بذمي؛ وبه صرح العتابي، وقيل نعم وبه جزم في الدرر. قال في الفتح: والأول أوجه (ولا جزية عليه في حول المكث

كان وما معه فيئاً، ولو قال دخلت بأمان إلا أن يثبت، ولو قال. أنا رسول الملك، فلو معه كتاب بعلامة تعرف كان آمناً، ولو دخل الحرم فهو فيء عنده، وقالا: لا يؤخذ ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يخرج. ولو قال مسلم: أنا أمنته لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره، وسواء أخذ قبل الإسلام أو بعده عند الإمام. وقالا: إن أسلم فهو حر ولا يختص به الآخذ عنده، وظاهر قولهما إنه يختص به. اهـ. ملخصاً من الفتح والبحر وقدمنا بعضه قبل باب المغنم. قال الرملي: ويؤخذ مما ذكر جواب حادثة الفتوى: وهو أنه يخرج كثيراً من سفن أهل الحرب جماعة منهم للاستقاء من الأنهر التي بالسواحل الإسلامية، فيقع فيهم بعض المسلمين فيأخذهم اهـ. أي فيكون فيئاً لجماعة المسلمين عند الإمام. وفي كونه يخمس عنه روايتان كما قدمناه قبيل المغنم. قوله: (لئلا يصير عيناً لهم الخ) العين: هو الجاسوس، والعون: الظهير على الأمر، والجمع أعوان. عناية. قال الرملي. هذه العلة تنادي بحرمة تمكينه سنة بلا شرط وضع الجزية عليه إن هو أقامها. تأمل اهـ. قوله: (من قبل الإمام) أي أو نائبه ط. قوله: (قيد اتفاقي) أي بالنسبة للأقل لا للأكثر، فلا يجوز تحديداً أكثر من سنة بقرينة قوله السابق: «لا يمكن» الخ ط. قوله: (وقيل نعم) أي يكون ذمياً الأولى إبدال نعم ببلى: أي لا يكون شرطاً. قوله: (وبه جزم في الدرر) أي نقلاً عن النهاية، عن المبسوط، لكن عبارة المبسوط: «ينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره» إلى أن قال: «وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول». قال في الفتح: وليس بلازم: أي لا يلزم من هذا أن قول الإمام له ذلك غير شرط، لأنه يصدق بقوله له: إن أقمت طويلاً منعتك من العود، فإن أقام سنة منعه من العود، وفي هذا اشتراط التقدم، غير أنه لم يوقت له مدة خاصة، والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم إليه اهـ. وأقره في البحر والنهر

وحاصله. أن ما في المبسوط غير صريح في عدم الاشتراط، فلا ينافي تصريح العتابي بالاشتراط، وهو ما يشير إليه قول الهداية، لأنه لما أقام سنة بغير تقدير الإمام الخ، وبه يستغنى عن قول السعدية: فلعل فيه روايتين، فافهم. وعليه فابتداء المدة من وقت التقدم، لا من وقت الدخول. قوله: (ولا جزية عليه في حول المكث) لأنه إنما

إلا بشرط أخذها منه فيه، و) إذا صار ذمياً (يجري القصاص بينه وبين المسلم

صار ذمياً بجعله فتجب في الحول الثاني. بحر. قوله: (**إلا بشرط أخذها منه فيه**) أي في الحول: أي بأن قال له: إن أقمت حولاً أخذت منك الجزية. فتح.

مَطْلَبٌ فِي أَحْكَامِ الْمُسْتَأْمَنِ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ ذِمِّيًّا

قوله: (**وإذا صار ذمياً يجري القصاص الخ**) أما قبل صيرورته ذمياً فلا قصاص بقتله عمداً بل الدية. قال في شرح السير: الأصح أنه يجب على الإمام نصرة المستأمنين ما داموا في دارنا، فكان حكمهم كأهل الذمة، إلا أنه لا قصاص على مسلم أو ذمي بقتل مستأمن، ويقتص من المستأمن بقتل مثله، ويستوفيه وارثه إن كان معه، وذكر أيضاً أن المستأمن في دارنا إذا ارتكب ما يوجب عقوبة لا يقام عليه إلا ما فيه حق العبد من قصاص، أو حد قذف. وعند أبي يوسف: يقام عليه كل ذلك إلا حد الخمر كأهل الذمة. ولو أسلم عبد المستأمن أجبر على بيعه، ولم يترك يخرج به، ولو دخل مع امرأته ومعهما أولاد صغار، فأسلم أحدهما أو صار ذمياً فالصغار تبع له، بخلاف الكبار، ولو إناثاً لانتهاء التبعية بالبلوغ عن عقل. ولا يصير الصغير تبعاً لأخيه أو عمه أو جده ولو الأب ميتاً في ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن: يصير مسلماً بإسلام جده. والصحيح الأول، إذ لو صار مسلماً بإسلام الجد الأدنى، لصار مسلماً بإسلام الأعلى، فيلزم الحكم بالردة لكل كافر، لأنهم أولاد آدم ونوح عليهما السلام، ولو أسلم في دارنا وله أولاد صغار في دارهم لم يتبعوه إلا إذا أخرجوا إلى دارنا قبل موت أبيهم اهـ. ملخصاً. وسنذكر عنه أن تبعية الصغير تثبت وإن كان ممن يعبر عن نفسه، وذكر في موضع آخر أن المستأمن لو قتل مسلماً ولو عمداً أو قطع الطريق أو تجسس أخبارنا، فبعث بها إليهم أو زنى بمسلمة أو ذمية كرهاً، أو سرق لا ينتقض عهده اهـ. ملخصاً.

وحاصله أن المستأمن في دارنا قبل أن يصير ذمياً حكمه حكم الذمي، إلا في وجوب القصاص بقتله، وعدم المؤاخذة بالعقوبات غير ما فيه حق العبد، وفي أخذ العاشر منه العشر، وقدمنا قبل هذا الباب أنه التزم أمر المسلمين فيما يستقبل.

مَطْلَبٌ: مَا يُؤْخَذُ مِنَ النَّصَارَى زُوَّارِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ لَا يَجُوزُ

أقول: وعلى هذا فلا يحل أخذ ماله بعقد فاسد، بخلاف المسلم المستأمن في دار الحرب، فإن له أخذ مالهم برضاهم، ولو بربا أو قمار، لأن مالهم مباح لنا، إلا أن الغدر حرام، وما أخذ برضاهم ليس غدراً من المستأمن، بخلاف المستأمن منهم في دارنا، لأن دارنا محل إجراء الأحكام الشرعية، فلا يحل لمسلم في دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا ما يحل من العقود مع المسلمين، ولا يجوز أن يؤخذ منه شيء لا يلزمه شرعاً وإن جرت به العادة، كالذي يؤخذ من زوار بيت المقدس، كما قدمناه في باب العاشر عن الخير الرملي. وسيأتي تمامه في الجزية.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِيمَا يَفْعَلُهُ التُّجَّارُ مِنْ دَفْعِ مَا يُسَمَّى سَوْكَرَةً وَتَضْمِينِ الحَرْبِيِّ مَا هَلَكَ فِي المَرْكَبِ

وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا: وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال: سوكرة، على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا، يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً، والذي يظهر لي: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لا يلزم.

فإن قلت: إن المودع إذا أخذ أجرة على الوديعة يضمنها إذا هلكت. قلت: ليست مسألتنا من هذا القبيل، لأن المال ليس في يد صاحب السوكرة، بل في يد صاحب المركب، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيراً مشتركاً قد أخذ أجرة على الحفظ، وعلى الحمل، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز عنه، كالموت والغرق ونحو ذلك.

فإن قلت: سيأتي قبيل «باب كفالة الرجلين» قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن: ضمن، وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً اهـ: أي بخلاف الأولى، فإنه لم ينص على الضمان بقوله: «فأنا ضامن»، وفي جامع الفصولين: الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر: اجعله في الدلو فجعله فيه، فذهب من النقب إلى الماء، وكان الطحان عالماً به يضمن، إذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة اهـ.

قلت: لا بد في مسألة التغرير من أن يكون الغار عالماً بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة وأن يكون المغرور غير عالم، إذ لا شك أن ربّ البُرّ لو كان عالماً بنقب الدلو يكون هو المضيع لما له باختياره، ولفظ المغرور ينبىء عن ذلك لغة لما في القاموس: غره غراً وغروراً فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر هو اهـ. ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تغرير التجار، ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا. وأما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار، لأنهم لا

ويضمن المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه، وتجب الدية عليه إذا قتله خطأ. ويجب كفّ الأذى عنه (وتحرم غيبته كالمسلم) فتح.

وفيه: لو مات المستأمن في دارنا وورثته ثمة وقف ماله لهم، ويأخذوه ببينة ولو من أهل الذمة فبكفيل، ولا يقبل كتاب ملكهم (وإذا أراد الرجوع إلى دار الحرب بعد الحول) ولو لتجارة أو قضاء حاجة كما يفيد الإطلاق، نهر (منع) لأن عقد الذمة لا ينقض،

يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعاً في أخذ بدل الهالك، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضاً؛ نعم: قد يكون للتاجر شريك حربي في بلاد الحرب، فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة في بلادهم، ويأخذ منه بدل الهالك ويرسله إلى التاجر، فالظاهر أن هذا يحل للتاجر أخذه لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب، وقد وصل إليه مالهم برضاهم فلا مانع من أخذه، وقد يكون التاجر في بلادهم، فيعقد معهم هناك، ويقبض البدل في بلادنا أو بالعكس، ولا شك أنه في الأولى إن حصل بينهما خصام في بلادنا لا تقضي للتاجر بالبدل، وإن لم يحصل خصام ودفع له البدل وكيله المستأمن هنا يحل له أخذه، لأن العقد الذي صدر في بلادهم لا حكم له، فيكون قد أخذ مال حربي برضاه. وأما في صورة العكس، بأن كان العقد في بلادنا والقبض في بلادهم، فالظاهر أنه لا يحل أخذه، ولو برضا الحربي لابتنائه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام، فيعتبر حكمه، هذا ما ظهر لي في تحرير هذه المسألة فاغتنمه فإنه لا تجده في غير هذا الكتاب. قوله: (وتحرم غيبته كالمسلم) لأنه بعقد الذمة وجب له مالنا، فإذا حرمت غيبة المسلم حرمت غيبته، بل قالوا: إن ظلم الذمي أشد. قوله: (ويأخذوه ببينة) في بعض النسخ «ويأخذونه» وهو المناسب لعدم ما يقتضي حذف النون. قوله: (ولو من أهل الذمة الخ) قال في الفتح: فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحساناً، لأنهم لا يمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، فإذا قالوا لا نعلم له وارثاً غيرهم دفع إليهم المال، وأخذ منهم كفيلاً لما يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول أبي حنيفة، كما في المسلمين، وقيل بل قوله جميعاً، ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه اهـ: أي لأن شهادته وحده لا تقبل، فكتابه بالأولى. قوله: (بعد الحول) أي بعد المدة التي عينها له الإمام حولاً أو أقل أو أكثر. قوله: (كما يفيده الإطلاق) كذا بحثه في البحر، وتبعه في النهر، وهذا ظاهر إن خيف عدم عوده، وإلا فلا كما يفيده التعليل الآتي. قوله: (لأن عقد الذمة لا ينقض) لكونه خلفاً عن الإسلام. بحر. وعبارة الزيلعي: لأن في عوده ضرراً بالمسلمين بعوده حرباً علينا،

ومفاده منع الذمي أيضاً (كما) يمنع (لو وضع عليه الخراج) بأن ألزم به وأخذ منه عند حلول وقته، لأن خراج الأرض كخراج الرأس (أو صار لها) أي المستأمنة

ريتوالده في دار الحرب وقطع الجزية اهـ. ولا يخفى أن المفهوم منه أن المراد بالعود اللحاق بدارهم بلا رجوع. قوله: (ومفاده منع الذمي أيضاً) كذا في النهر؛ وهو مصرّح به في الفتح حيث قال: وتثبت أحكام الذمي في حقه من منع الخروج إلى دار الحرب الخ.

قلت: والمراد الخروج على وجه اللحاق بهم، إذ لو خرج لتجارة مع أمن عوده عادة لا يمنع كالمسلم بقرينة التعليل المار، فتدبر. ثم رأيت في شرح السير الكبير أن الذمي لو أراد الدخول إليهم بأمان فإنه يمنع أن يدخل فرساً معه أو سلاحاً، لأن الظاهر من حاله أنه يبيعه منهم، بخلاف المسلم إلا أن يكون معروفاً بعداوتهم، ولا يمنع من الدخول بتجارة على البغال والحمير والسفن لأنه للحمل، لكن يستحلف أنه لم يرد بيع ذلك منهم. قوله: (كما يمنع) الأولى أن يقول كما يصير ذمياً، كما قال الإمام محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير إذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان فاشترى أرض خراج، فوضع عليه الخراج فيها كان ذمياً اهـ. قال السرخسي: فيوضع عليه خراج رأسه، ولا يترك أن يخرج إلى داره لأن خراج الأرض لا يجب إلا على من هو من أهل دار الإسلام فكان ذمياً. وفي الهداية: وإذا لزمه خراج الأرض، فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة، لأنه يصير ذمياً بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه. قوله: (بأن ألزم به وأخذ منه) الظاهر أن المراد بالأخذ استحقاق الأخذ منه، وهو معنى الوضع عليه في عبارة الإمام محمد، فليس المراد به الأخذ بالفعل، بل هو تأكيد لرد ما قيل إنه يصير ذمياً بمجرد الشراء، وهو خلاف ظاهر الرواية، لأنه قد يشتريها للتجارة. قال في الفتح: والمراد بوضعه إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته، وهو بمباشرة السبب، وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة، فإنه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذمياً، بخلاف ما إذا كان على المالك اهـ: أي بأن كان خراجاً موظفاً: أي دراهم معلومة، فإنه على مالك الأرض، فلا يصير به المستأجر ذمياً لأنه لا يؤخذ منه، أما خراج المقاسمة: وهو ما يكون جزءاً من الخارج كنصفه أو ثلثه فإنه يؤخذ من المستأجر، لكن هذا على قولهما، أما على قوله فإن الخراج مطلقاً على المالك، وكذا الخلاف في العشر، وقد صرح بذلك السرخسي، وهو الموافق لما تقدم في باب العشر، وقدمنا ترجيح قول الإمام هناك، ففي إطلاق الفتح نظر: لإيهامه أن ذلك متفق عليه عندنا ولم ينبه على ذلك في البحر والنهر، فتدبر. قوله: (كخراج الرأس) أي في أنه إذا التزمه صار ملتزماً المقام في دارنا. بحر. قوله: (أو صار لها الخ) أي تصير ذمية بذلك، وظاهره أن

الكتابية (زوج مسلم أو ذمي) لتبعيتها له وإن لم يدخل بها (لا عكسه) لإمكان طلاقها، ولو نكحها هنا فطالبته بمهرها فلها منعه من الرجوع. تاترخانية. فلو لم يف حتى مضى حول ينبغي صيرورته ذمياً على ما مر عن الدرر، ومنه علم حكم الدين الحادث في دارنا (فإن رجع) المستأمن (إليهم) ولو لغير داره (حل دمه) لبطلان أمانه (فإن ترك وديعة عند معصوم) مسلم أو ذمي (أو ديناً) عليهما (فأسر أو ظهر) بالبناء للمجهول بمعنى غلب (عليهم فأخذوه أو قتلوه سقط دينه) وسلمه وما غصب منه وأجرة عين أجرها لسبق يده (وصار ماله) كوديعته وما عند شريكه

النكاح حادث بعد دخولها دارنا، وليس بشرط، فإنهما لو دخلا دارنا ثم صار الزوج مسلماً أو ذمياً، فهو كذلك كما أفاده في البحر، وقيد بالكتابية، لأنها لو كانت مجوسية وأسلم زوجها يعرض القاضي عليها الإسلام، فإن أسلمت، وإلا فرق بينهما، ولها أن ترجع بعد انقضاء عدتها، كما في شرح السير. قوله: (لتبعيتها له) المراد بالتبعية كونها تلزمه المقام معه كما في البحر، وهذا شامل للزوج المسلم والذمي، فافهم. قوله: (وإن لم يدخل بها) فالشرط مجرد عقده عليها كما أشار إليه الزيلعي. بحر. قوله: (لا عكسه) أي لا يصير المستأمن ذمياً إذا نكح ذمية، لأنه يمكنه طلاقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزماً المقام، وكذا لو دخلا بأمان فأسلمت. بحر. وما في الهداية في آخر كتاب الطلاق من أنه يصير ذمياً بالتزوج في دارنا غلط من الكاتب مخالف للنسخة الأصلية. أفاده في النهر. قوله: (على ما مر عن الدرر) أي من أنه لا يشترط قول الإمام: إن أقمت سنة وضعنا عليك الجزية. قوله: (ومنه الخ) أي من حكم المهر علم حكم غيره من الدين فإن للدائن منعه من الرجوع أيضاً، فإذا منعه ومضى حول صار ذمياً. قوله: (فإن رجع المستأمن) ظاهره أنه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذمياً أو بعده، لأن الذمي إذا لحق بدار الحرب صار حربياً كما سيأتي. بحر. قوله: (فأسر) أي من غير ظهور على دارهم بأن وجده مسلم فأسره. قوله: (بمعنى غلب) الأولى تأخيره عن قوله: (عليهم) لقول المغرب: ظهر عليه غلب. قوله: (فأخذوه) احتراز عما لو هرب كما يأتي. قوله: (سقط دينه) لأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط، ولا طريق لجعله فيئاً لأنه الذي يؤخذ قهراً، ولا يتصور ذلك في الدين. نهر. وهذا معنى قوله الآتي: لسبق يده فهو علة للكل. قوله: (وسلمه) أي لو أسلم إلى مسلم دراهم على شيء. قوله: (وما غصب منه) ذكره في البحر بحثاً، وبنى عليه في النهر المسلّم والأجرة. قوله: (وصار ماله) أفاد أن الدين ليس ماله لأنه ملك المديون، وإنما له حق المطالبة به يستوفي منه لا عينه. قوله: (كوديعته) أي عند مسلم أو ذمي. ملتقى. قال ط: وكذا

ومضاربه وما في بيته في دارنا (فيئاً).

واختلف في الرهن، ورجح في النهر أنه للمرتهن بدينه. وفي السراج: لو بعث من يأخذ الوديعة والقرض وجب التسليم إليه. انتهى. وعليه فيوفي منه دينه هنا ولو صارت وديعته فيئاً (وإن قتل أو مات فقط) بلا غلبة عليه (فقرضه ووديعته لورثته) لأن نفسه لم تصر مغنومة، فكذا ماله، كما لو ظهر عليه فهرب، فماله له (حربي هنا له ثمة عرس وأولاد ووديعة مع معصوم وغيره فأسلم) هنا أو

غيره بالأولى. وفي البحر: وإنما صارت وديعته غنيمة لأنها في يده تقديراً، لأن يد المودع كيده فيصير فيئاً تبعاً لنفسه، وإذا صار ماله غنيمة لا خمس فيه وإنما يصرف كما يصرف الخراج، والجزية لأنه مأخوذ بقوة المسلمين بلا قتال، بخلاف الغنيمة. قوله: (واختلف في الرهن) فعند أبي يوسف: للمرتهن بدينه، وعند محمد: يباع ويستوفي دينه والزيادة فيء للمسلمين، وينبغي ترجيحه لأن ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة. بحر. ورده في النهر بأن تقديم قول أبي يوسف يؤذن بترجيحه، وهذا لأن الوديعة إنما كانت فيئاً لما مر أنها في يده حكماً، ولا كذلك الرهن اهـ. وأجاب الحموي: بأنه على تسليم أن التقديم يفيد الترجيح دائماً فيفيد أرجحية الأول فيما إذا كان الرهن قدر الدين، أما الزيادة فقد صرحوا في كتاب الرهن بأنها أمانة غير مضمونة، ولكذا قال ح: الحق ما في البحر، وذكر نحو ذلك. قوله: (وجب التسليم إليه) لأن ماله لا يصير فيئاً إلا بأسره أو بقتله ولم يوجد أحدهما ط. قوله: (وعليه) أي على ما ذكر من وجوب التسليم، ووجه البناء أن طلب غريمه كطلبه بوكيله، أو رسوله، وهذه المسألة ذكرها في البحر بحثاً فقال: ولم أر حكم ما إذا كان على المستأمن دين لمسلم أو ذمي أدانه له في دارنا ثم رجع، ولا يخفى أنه باق لبقاء المطالبة، وينبغي أن يوفي من ماله المتروك، ولو صارت وديعته فيئاً اهـ. ولا يخفى أن فيما ذكره الشارح تبعاً للنهر من بناء المسألة على ما قبلها تقوية للبحث، وقد علمت وجهه. وقال في النهر: فإن كانت الوديعة من غير جنس الدين: باعها القاضي ووفى منها، وقد أفتيت بذلك اهـ. قوله: (فماله له) وكذا دينه، ويلزم من ذلك أنه لو أرسل من يأخذه وجب تسليمه، كما لا يخفى. قوله: (له ثمة) أي في دار الحرب عرس بالكسر: أي زوجة. قوله: (وأولاد) أي ولو صغاراً، لأن الصغير إنما يتبع أباه في الإسلام عند اتحاد الدار. بحر: أي ولو حكماً لما في شرح التحرير، وكذا يتبعه إذا كان المتبوع في دار الحرب، والتابع في دار الإسلام اهـ: أي لأن المسلم في دار الحرب من أهل دارنا.

صار ذمياً (ثم ظهرنا عليهم فكله فيء) لعدم يده وولايته؛ ولو سبي طفله إلينا فهو
ثَمَّ مسلم (وإن أسلم ثمة فجاء) هنا (فظهرنا عليهم فطفله حرّ مسلم) لاتحاد الدار

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ: الصَّبِيُّ يَتْبَعُ أَحَدَ أَبَوَيْهِ فِي الإِسْلَامِ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ، مَا لَمْ يَبْلُغْ، وَخِلَافُهُ خَطَأٌ

تنبيه: في شرح السير الكبير: لو دخل الصغير الذي يعبر عن نفسه دارنا لزيارة أبويه: فإن كانا ذميين فله الرجوع إلى دار الحرب، بخلاف ما إذا كانا مسلمين أو أحدهما، فإنه يصير مسلماً تبعاً للمسلم منهما؛ لأن الذي يعبر عن نفسه في حكم التبعية في الإسلام كالذي لا يعبر عن نفسه. قال: وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا: إن الذي لا يعبر[1] عن نفسه لا يصير مسلماً تبعاً لأبويه، فقد نص محمد هاهنا على أنه يصير مسلماً اهـ.

والحاصل: أنه تنقطع تبعية الولد في الإسلام لأحد أبويه ببلوغه عاقلاً كما صرح به السرخسي قبل ذلك، ومقتضاه أنه لو بلغ مجنوناً تبقى التبعية، وبه ظهر ما في فتاوى العلامة ابن الشلبي من أن الصبي إذا عقل لا يصير مسلماً بإسلام أحد أبويه، فقد علمت أن هذا القول خطأ، وقد نبهنا على ذلك في باب نكاح الكافر، وفي باب الجنائز عند قوله: كصبي سبي مع أحد أبويه. وبقي ما لو ادعى الابن البلوغ، وبرهن وادعى أبوه أنه قاصر وبرهن أيضاً يريد القاضي أهل الخبرة؛ وأما لو كانت الدعوى بعد مضي مدة تقدم بينة الأب إنه قاصر، ليجعل الابن مسلماً كما أفتى به الرحيمي، وأطال في تحقيقه في فتاواه، في أواخر كتاب الدعوى. قوله: (ثم ظهرنا عليهم) أي على دارهم. قوله: (فكله) أي كل ما ذكر من عرسه وما بعدها. قوله: (ولو سبي طفله الخ) قال في البحر: ولو سبي الصبيّ في هذه المسألة وصار في دار الإسلام، فهو مسلم تبعاً لأبيه، لأنهما اجتمعا في دار واحدة، بخلاف ما قبل إخراجه وهو فيء على كل حال اهـ. لكن في العزمية قوله: ولو سبي: أي مع أمه، فإنه لو سبي بدونها لا تظهر فائدة التبعية بالأب، فإنه يحكم بإسلامه بتبعية الدار على ما مر في كتاب الصلاة اهـ. أي في فصل الجنائز. قوله: (لاتحاد الدار) لأنه لما أسلم في دار الحرب تبعه طفله. درر. فالمراد بالدار دار الحرب، فافهم، وذلك لأن ما ثبت يكون باقياً ما لم يوجد مزيل، ومثله لو لم يسلم بل بعث إلى الإمام: إني ذمة لكم أقيم في دار الحرب، وأبعث بالخراج كل سنة؛ جاز، ويكون الأب أحق به لما قلنا؛ لأن الذمي لا يملك بالقهر، وكذا لو أسلم الأب في دارنا أو صار ذمياً، ثم رجع حتى ظهرنا على دارهم تبعه طفله ولا سبيل

(١) في ط (قوله لا يعبر) لفظة «لا» هنا زائدة كما لا يخفى.

(ووديعته مع معصوم له) لأن يده كيده محترمة **(وغيره فيء)** ولو عيناً غصبها مسلم لعدم النيابة. فتح **(وللإمام)** حق **(أخذ دية مسلم لا ولي له)** أصلاً **(و)** دية **(مستأمن أسلم هنا من عاقلة قاتله خطأً)** لقتله نفساً معصومة **(وفي العمد له القتل)** قصاصاً **(أو الدية)** صلحاً **(لا العفو)** نظراً لحق العامة **(حربي أو مرتد، أو من وجب عليه قود التجأ بالحرم، لا يقتل، بل يحبس عند القضاء ليخرج فيقتل)** لأن

عليه، وتمامه في شرح السير. قوله: **(وغيره)** أي غير ما ذكر من العاقل والوديعة مع معصوم وهو أولاده الكبار وعرسه وعقاره ووديعته مع حربي. درر. قوله: **(لعدم النيابة)** أي نيابة الغاصب عنه. قوله: **(وللإمام حق أخذ دية الخ)** زاد لفظ «حق» إشارة إلى ما في البحر من أن أخذه الدية ليس لنفسه، بل ليضعها في بيت المال، وهو المقصود من ذكرها هنا، وإلا فحكم القتل الخطأ معلوم، ولذا لم ينص على الكفارة لما سيأتي في الجنايات. قوله: **(ودية مستأمن أسلم هنا)** أما إذا لم يكن مستأمناً أو لم يسلم لا شيء على قاتله كما في شرح مسكين، وتقدم قبيل هذا الفصل ما لو أسلم في دار الحرب فقتله مسلم. قوله: **(له القتل قصاصاً)** لأن الدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد تعود عليهم من قتله منفعة أخرى، وهي أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين. بحر. قوله: **(أو الدية صلحاً)** أي برضا القاتل، لأن موجب العمد هو القود. بحر.

وحاصله: أن للإمام أن يقتل أو يصالح على الدية إن رضي القاتل بالصلح، والظاهر أنه ليس له الصلح على أقل من الدية، كما يفيده التعليل الآتي إلا إذا لم يمكن إثباته للقتل عليه كما في وصي اليتيم. تأمل. قال في الشرنبلالية: وهل إذا طلب الإمام الدية ينقلب القصاص مالاً كما في الولي؟ فلينظر اهـ.

قلت: الظاهر: نعم، لقول الفتح: وإنما كان للسلطان ذلك - أي القتل أو الصلح - لأنه هو ولي المقتول. قال عليه الصلاة والسلام «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» اهـ. قوله: **(نظراً لحق العامة)** فإن ولايته عليهم نظرية، وليس من النظر إسقاط حقهم بلا عوض. فتح. وفيه أيضاً أنه لو كان المقتول لقيطاً للإمام أن يقتل القاتل عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وتمامه فيه. قوله: **(أو من وجب عليه قود)** أي في النفس، أما فيما دونها فيقتص منه في الحرم إجماعاً، ذكره الشارح في الجنايات ط. قوله: **(التجأ بالحرم)** أفاد أنه لم ينشئ القتل فيه: فلو أنشأه فيه قتل فيه إجماعاً ولو قتل في البيت لا يقتل فيه، ذكره الشارح في الجنايات، وفي شرح السير: لو كانوا جماعة دخلوا الحرم للقتال فلا بأس أن نقاتلهم لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ﴾ [البقرة: ١٩١] لأن حرمة الحرم لا تلزمنا تحمل أذاهم كالصيد إذا صال على إنسان في الحرم، جاز قتله دفعاً لأذاه ولو قاتلوا في غيره، ثم انهزموا ودخلوا فيه لا نتعرض لهم إلا إذا كانت لهم فئة في

من دخله فهو آمن بالنص، وسيجيء في الجنايات (لا تصير دار الإسلام دار حرب إلا) بأمور ثلاثة: (بإجراء أحكام أهل الشرك، وباتصالها بدار الحرب، وبأن لا يبقى فيها مسلم أو ذمي آمناً بالأمان الأول) على نفسه (ودار الحرب تصير دار

الحرم، وصارت لهم منعة، لأن الملتجىء إلى فئة محارب، وجميع ما ذكر في أهل الحرب هو كذلك في الخوارج والبغاة اهـ.

مَطْلَبٌ فِيمَا تَصِيرُ بِهِ دَارُ الإِسْلَامِ دَارَ حَرْبٍ، وَبِالْعَكْسِ

قوله: (لا تصير دار الإسلام دار حرب الخ) أي بأن يغلب أهل الحرب على دار من دورنا أو ارتد أهل مصر وغلبوا وأجروا أحكام الكفر أو نقض أهل الذمة العهد وتغلبوا على دارهم، ففي كل من هذه الصور لا تصير دار حرب، إلا بهذه الشروط الثلاثة، وقالا: بشرط واحد لا غير، وهو إظهار حكم الكفر وهو القياس. هندية. ويتفرع على كونها صارت دار حرب: أن الحدود والقود لا يجري فيها، وأن الأسير المسلم يجوز له التعرض لما دون الفرج، وتنعكس الأحكام إذا صارت دار الحرب دار الإسلام، فتأمل ط. وفي شرح درر البحار قال بعض المتأخرين. إذا تحققت تلك الأمور الثلاثة في مصر المسلمين، ثم حصل لأهله الأمان، ونصب فيه قاضي مسلم ينفذ أحكام المسلمين: عاد إلى دار الإسلام، فمن ظفر من الملاك الأقدمين بشيء من ماله بعينه فهو له بلا شيء، ومن ظفر به بعدما باعه مسلم أو كافر من مسلم أو ذمي أخذه بالثمن إن شاء، ومن ظفر به بعدما وهبه مسلم، أو كافر لمسلم أو ذمي وسلمه إليه أخذه بالقيمة إن شاء اهـ.

قلت: حاصله أنه لما صار دار حرب صار في حكم ما استولوا عليه في دارهم. قوله: (بإجراء أحكام أهل الشرك) أي على الاشتهار وأن لا يحكم فيها بحكم أهل الإسلام. هندية. وظاهره أنه لو أجريت أحكام المسلمين، وأحكام أهل الشرك لا تكون دار حرب ط. قوله: (وباتصالها بدار الحرب) بأن لا يتخلل بينهما بلدة من بلاد الإسلام. هندية ط. وظاهره أن البحر ليس فاصلاً، بل قدمنا في باب استيلاء الكفار أن بحر الملح ملحق بدار الحرب، خلافاً لما في فتاوى قارىء الهداية.

قلت: وبهذا ظهر أن ما في الشام من جبل تيم الله المسمى بجبل الدروز وبعض البلاد التابعة كلها دار إسلام، لأنها وإن كانت لها حكام دروز أو نصارى، ولهم قضاة على دينهم وبعضهم يعلنون بشتم الإسلام والمسلمين، لكنهم تحت حكم ولاة أمورنا، وبلاد الإسلام محيطة ببلادهم من كل جانب وإذا أراد ولي الأمر تنفيذ أحكامنا فيهم نفذها. قوله: (بالأمان الأول) أي الذي كان ثابتاً قبل استيلاء الكفار للمسلم بإسلامه وللذمي بعقد الذمة. هندية ط.

الإسلام بإجراء أحكام أهل الإسلام فيها) كجمعة وعيد **(وإن بقي فيها كافر أصلي وإن لم تتصل بدار الإسلام)** درر. وهذا ثابت في نسخ المتن. ساقط من نسخ الشرح، فكأنه تركه لمجيء بعضه ووضوح باقيه.

باب العشر والخراج والجزية

(أرض العرب) وهي من حد الشام والكوفة إلى أقصى اليمن

تتمة: ذكر في أول جامع الفصولين: كل مصر فيه والٍ مسلم من جهة الكفار يجوز منه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الأيامى لاستيلاء المسلم عليهم، وأما طاعة الكفرة فهي موادعة ومخادعة، وأما في بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد، ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين، ويجب عليهم طلب والٍ مسلم اهـ. وقدمنا نحوه في باب الجمعة عن البزازية. قوله: (وهذا) أي قوله حربي أو مرتد إلى آخر الباب. وقوله: «لمجيء بعضه» أي المسألة الأولى فإنها ستجيء في الجنايات. وقوله: «ووضوح باقيه» أي مسألة الدار، وفي وضوحها نظر، والله سبحانه أعلم.

باب العشر والخراج والجزية

شروع فيما على المستأمن في أرضه من الوظائف المالية إذا صار ذمياً بعد الفراغ عما به يصير ذمياً، وذكر العشر معه تتميماً لوظيفة الأرض، وقدمه لما فيه من معنى العبادة. نهر. وألحق به الجزية لأن المصرف واحد. قوله: **(أرض العرب)** في مختصر تقويم البلدان: فجزيرة العرب خمسة أقسام: تهامة، ونجد، وحجاز، وعروض، ويمن. فأما تهامة فهي الناحية الجنوبية من الحجاز، وأما نجد فهي الناحية التي بين الحجاز والعراق، وأما الحجاز فهو جبل يقبل من اليمن حتى يتصل بالشام، وفيه المدينة وعمان، وأما العروض فهو اليمامة إلى البحرين. وإنما سمي الحجاز حجازاً لأنه حجز بين نجد والتهامة. قال الواقدي: الحجاز من المدينة إلى تبوك، ومن المدينة إلى طريق الكوفة، وما وراء ذلك إلى أن يشارف البصرة، فهو نجد، ومن المدينة إلى طريق مكة إلى أن يبلغ مهبط العرج حجاز أيضاً، وما وراء ذلك إلى مكة وجدة فهو تهامة، وما كان بين العراق وبين وجرة وغمرة الطائف فهو نجد، وما وراء وجرة إلى البحر فهو تهامة، وما بين تهامة ونجد فهو حجاز اهـ. قوله: **(وهي من حد الشام)** نظم بعضهم حدها طولاً وعرضاً بقوله: الوافر

جزيرة هذه الأعراب حدت ... بحد علمه للخلق باقي
فأما الطول عند محققيه ... فمن عدن إلى ريف العراق

(وما أسلم أهله) طوعاً (أو فتح عنوة وقسم بين جيشنا والبصرة) أيضاً بإجماع الصحابة (عشرية) لأنه أليق بالمسلم، وكذا بستان مسلم أو كرمه كان داره. درر. ومر في باب العاشر بأتم من هذا، وحررناه في شرح الملتقى (وسواد) قرى (العراق وحده من العذيب) بضم ففتح:

وَتَخَالِجِي تِخِيُوانٌ سِوَنَكِ غُرَضِيَا إِلَى أَرْضِ الشَّامِ بِالأَنْفَقِ

قوله: (وما أسلم أهله) أي والأرض التي أسلم أهلها، وذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ «ما» نهر. قوله: (عنوة) بالفتح قال الفارابي: وهو من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا. نهر. قوله: (وقسم بين جيشنا) احترز به عما إذا قسم بين قوم كافرين غير أهله، فإنه خراجي كما في الفتح، ولو قال: «بيننا» لشمل ما إذا قسم بين المسلمين غير الفاتحين، فإنه عشري لأن الخراج لا يوظف على المسلم ابتداء. ذكره القهستاني. در. منتقى. قوله: (والبصرة أيضاً) والقياس أن تكون خراجية عند أبي يوسف، لأنها بقرب أرض الخراج، لكنه ترك القياس بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم. در. منتقى، وغيره.

وحاصله: أنه سيأتي أن ما أحياه مسلم يعتبر قربه عند أبي يوسف. وعند محمد: يعتبر الماء، والمعتمد الأول، والبصرة أحياها المسلمون لأنها بنيت في أيام عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، وهي في حيز أرض الخراج، فقياس قول أبي يوسف أن تكون خراجية. قوله: (لأنه أليق بالمسلم) أي لما فيه من معنى العبادة، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج، وهذا علة لما أسلم أهله أو قسم بين جيشنا، وأما أرض العرب فلأنه لم ينقل عنه ﷺ ولا عن أحد من الخلفاء أخذ خراج من أراضيهم، وكما لا رق عليهم لا خراج على أراضيهم. نهر. وتمامه في الفتح. قوله: (وحررناه في شرح الملتقى) نصه وفي دار جعلت بستاناً خراج إن كانت لذمي مطلقاً، خلافاً لهما أو لمسلم سقاها بمائه أي الخراج، وإن سقاها بماء العشر فعشر، ولو أن المسلم أو الذمي سقاها مرة بماء العشر ومرة بماء الخراج، فالمسلم أحق بالعشر والذمي بالخراج كما في المعراج. واستشكل الباقاني وجوب الخراج على المسلم ابتداء فيما إذا سقاها بماء الخراج، بل عليه العشر بكل حال. وفي الغاية عن السرخسي: وهو الأظهر. وأجاب في البحر بأن الممنوع وضع في الخراج عليه جبراً، أما باختياره فيجوز كما هنا، وكما لو أحيا مواتاً بإذن الإمام وسقاها بماء الخراج فعليه الخراج اهـ. وسيأتي الكلام على ماء العشر والخراج. قوله: (وسواد قرى العراق) أي عراق العرب. درر. في القاموس: سواد البلد قراها، وإنما سمي به لخضرة أشجاره وكثرة زروعه والعراق بالكسر اسم البصرة، والكوفة وبغداد ونواحيها. در. منتقى. وعليه فقوله: «قرى» بدل

قرية من قرى الكوفة (إلى عقبة حلوان) بضم فسكون قرية بين بغداد وهمذان (عرضاً ومن العلث) بفتح فسكون فمثلثة: قرية شرقي دجلة موقوفة على العلوية، وما قيل «من الثعلبة» بفتح فسكون غلط، مصحف عن المغرب (إلى عبادان) بالتشديد: حصن صغير بشط البحر في المثل «ليس وراء عبادان قرية» (طولاً) وبالأيام اثنان وعشرون يوماً ونصف وعرضه عشرة أيام، سراج (وما فتح عنوة و) لم يقسم بين جيشنا، إلا مكة سواء (أقر أهله عليه) أو نقل إليه

من السواد أو نصيره على إسقاط الياء التصغيرية، والاحتراز بعراق العرب عن عراق العجم، وهو من الغرب أذربيجان[١] ومن الجنوب شيء من العراق، وخوزستان ومن الشرق مفازة خراسان وفارس، ومن الشمال بلاد الديلم وقزوين كما في تقويم البلدان.

قوله: (قرية من قرى الكوفة) الذي في تقويم البلدان أنه ماء لبني تميم، وهو أول ماء يلقى الإنسان بالبادية إذا سار من قادسية الكوفة يريد مكة اهـ. ولعله أراد بالقرية القادسية المذكورة، ويؤيده أنه في تقويم البلدان جعلها الحد، فإنه قال: وامتداد العراق طولاً وشمالاً وجنوباً من الحديثة على دجلة إلى عبادان، وامتداده عرضاً غرباً وشرقاً من القادسية إلى حلوان. قوله: (بضم فسكون) أي بضم الحاء وسكون اللام. قوله: (من الثعلبة) الذي رأيته في المغرب: الثعلبية بياء النسبة. قوله: (غلط) لأنها من منازل البادية بعد العذيب بكثير، كما نقل من ذخيرة العقبى. قوله: (حصن صغير بشط البحر) أي بحر فارس وهو يدور بها فلا يبقى منها في البر إلا القليل، وهي عن البصرة مرحلة ونصف، كذا في تقويم البلدان. قوله: (وبالأيام الخ) قال في تقويم البلدان: والسائر من تكريت وهي على النهاية الشمالية للعراق إلى عبادان، وهي على النهاية الجنوبية له على تقويس الحد الشرقي مسافة شهر، وكذلك من تكريت إلى عبادان إذا سار على تقويس الحد الغربي، أعني من تكريت إلى الأنبار إلى واسط إلى البصرة إلى عبادان. فيكون دور العراق مسافة شهرين، وطوله على الاستقامة من تكريت إلى عبادان نحو عشرين مرحلة، وعرض العراق من القادسية إلى حلوان نحو إحدى عشرة مرحلة اهـ. تأمل. وهذا تحديد العراق بتمامه، وأما تحديد سواده ففي البحر عن البناية عن شرح الوجيز: طول سواد العراق مائة وستون فرسخاً وعرضه ثمانون فرسخاً ومساحته ستة وثلاثون ألف جريب اهـ. قوله: (إلا مكة) فإنها وإن فتحت عنوة، لكنها عشرية لأنها من جزيرة العرب كما مر. قوله: (سواء أقر أهله عليه الخ) أشار إلى أن قول المصنف:

---

(١) في ط (قوله أذربيجان) هكذا بخطه بالدال المهملة وذكره في المصباح في الألف مع الذال المعجمة بعد الهمزة، وذكر فيها ضبطين أولهما فتح الهمزة والراء وسكون الذال بينهما، وثانيهما ضم الهمزة وفتح الذال وإسكان الراء.

كفارة أخرى **(أو فتح صلحاً خراجية)** لأنه أليق بالكافر **(وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها)** حنفية، وعند الأئمة الثلاثة: هي موقوفة على المسلمين فلم يجز بيعهم. فتح **(ويجب الخراج في أرض الوقف)** إلا المشتراة من بيت المال إذا وقفها مشتريها فلا عشر ولا خراج. شرنبلالية معزياً للبحر. وكذا لو

(تبعاً للكفرة) وأقر أهله عليه ليس شرطاً في كونها خراجية، بل الشرط عدم قسمتها، صرح بذلك في شرح الطحاوي كما في النهر. ولم يقيد كونها خراجية بأن تسقى بماء الخراج لأنه لا فرق بينه وبين ما إذا سقيت بماء العشر، كما إذا قسمت بين المسلمين فإنها عشرية، وإن سقيت بماء الخراج. وإنما التفصيل في الفرق بين ما يسقى بماء العشر أو بماء الخراج في الأرض المحياة لمسلم، التي لم تقسم ولم يقر أهلها عليها، كما حققه في البحر تبعاً للفتح وغيره، ويأتي تمامه. قوله: **(لأنه أليق بالكافر)** لأنه يشبه الجزية لما فيه من معنى العقوبة، ولأن فيه تغليظاً حيث يجب وإن لم يزرع، بخلاف العشر لتعلقه بعين الخارج لا بالأرض.

مطلب في أن أرض العراق والشام ومصر عنوة خراجية مملوكة لأهلها

قوله: **(وأرض السواد)** أي سواد العراق: أي قراه، وكذا كل ما فتح عنوة وأقر أهله عليه أو صولحوا ووضع الخراج على أراضيهم فهي مملوكة لأهلها. در منتقى. قلت: وكذا أرض الشام ومصر فتحت عنوة على الصحيح، وأقر أهلها عليها بالخراج، فقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج: وهذه الأرضون إذا قسمت فهي أرض عشر، وإن تركها الإمام في أيدي أهلها الذين قهروا عليها فهو حسن، وإن المسلمين افتتحوا أرض العراق والشام ومصر، ولم يقسموا شيئاً من ذلك، بل وضع عمر رضي الله عنه عليها الخراج، وليس فيها خمس. اهـ ملخصاً. فقد أفاد أنها مملوكة لأهلها.

مطلب في جواز بيع الأراضي المصرية والشامية

قوله: **(ويجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها)** أي بالرهن والهبة، لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة له أن يقر أهلها عليها، ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فيبقى الأرض مملوكة لأهلها، وقدمناه قبيل باب قسمة الغنائم. فتح. قال في الدر المنتقى: وتورث عنهم إلى أن لا يبقى منهم أحد فيصير الملك لبيت المال إلخ. ويأتي تمامه. قوله: **(ويجب الخراج في أرض الوقف)** أي الأرض الخراجية، كما يأتي تقييده في قوله: فلو خراجية فالخراج.

والحاصل أن الأرض تبقى وظيفتها بعد الوقف كما كانت قبله.

مطلب: أراضي المملكة والحوز: لا عشرية ولا خراجية

قوله: **(فلا عشر ولا خراج)** لم يذكر في البحر العشر، وإنما قال بعد ما حقق: إن

لم يوقفها كما ذكرته في شرح الملتقى (والصبي والمجنون لو) كانت الأرض (خراجية والعشر لو عشرية) درر. ومر في الزكاة، وقالوا: أراضي الشام ومصر

الخراج ارتفع عن أراضي مصر، لعودها إلى بيت المال بموت ملاكها، قال: فإذا اشتراها إنسان من الإمام بشرطه شراء صحيحاً ملكها، ولا خراج عليها، فلا يجب عليها الخراج، لأن الإمام قد أخذ البدل للمسلمين، فإذا وقفها سالمة من المؤن، فلا يجب الخراج فيها، وتمامه فيما كتبناه في: «التحفة المرضية في الأراضي المصرية» اهـ. نعم ذكر العشر في تلك الرسالة فقال: إنه يجب أيضاً لأنه لم ير فيه نقلاً.

قلت: ولا يخفى ما فيه لأنهم قد صرحوا بأن فرضية العشر ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وبأنه زكاة الثمار والزروع، وبأنه يجب في الأرض الغير الخراجية، وأنه يجب فيما ليس بعشري ولا خراجي كالمفاوز والجبال، وبأن سبب وجوبه الأرض النامية بالخارج حقيقة، بأن يجب في أرض الصبيّ والمجنون والمكاتب، لأنه مؤنة الأرض، وبأن الملك غير شرط فيه، بل الشرط ملك الخارج؛ فيجب في الأراضي الموقوفة لعموم قوله تعالى: ﴿أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٦٧] وقوله تعالى: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١] وقوله ﷺ: «مَا سَقَتِ السَّمَاءُ فَفِيهِ العُشْرُ، وَمَا سُقِيَ بِغَرْبٍ أَوْ دَالِيَةٍ فَفِيهِ نِصْفُ العُشْرِ» ولأن العشر يجب في الخارج لا في الأرض، فكان ملك الأرض وعدمه سواء، كما في البدائع ولا شك أن هذه الأرض المشتراة وجد فيها سبب الوجوب وهو الأرض النامية وشرطه وهو ملك الخارج، وعليه وهو ما ذكرنا. وقول المتن: يجب العشر في مسقى سماء وسيح الخ، فالقول بعدم الوجوب في خصوص هذه الأرض يحتاج إلى دليل خاص ونقل صريح، ولا يلزم من سقوط الخراج المتعلق بالأرض سقوط العشر المتعلق بالخارج، على أنه قد ينازع في سقوط الخراج، حيث كانت من أرض الخراج أو سقيت بمائه، بدليل أن الغازي الذي اختط له الإمام داراً لا شيء عليه فيها، فإذا جعلها بستاناً وسقاها بماء العشر فعليه العشر، أو بماء الخراج فعليه الخراج كما يأتي، مع أن الواقع الآن في كثير من القرى أو المزارع الموقوفة أنه يؤخذ منها للميري النصف أو الربع أو العشر، وقد نبهنا على ذلك في باب العشر من كتاب الزكاة. قوله: (لو كانت الأرض خراجية) شرط لقوله: «ويجب الخراج» وقوله: «والعشر» عطف على «الخراج». قوله: (وقالوا الخ) هو مصرح به في الهداية وغيرها.

والحاصل: الاتفاق على أنها خراجية، وإنما اختلف العلماء في أنها فتحت عنوة أو صلحاً، ولا يؤثر في كونها خراجية لأنها تكون خراجية إذا لم يسلم أهلها، سواء فتحت عنوة ومنّ على أهلها بها، أو صلحاً ووضع عليهم الجزية، كما مر آنفاً.

خراجية. وفي الفتح: المأخوذ الآن من أراضي مصر أجرة لا خراج؛

مَطْلَبٌ: لَا شَيْءَ عَلَى زُرَّاعِ الْأَرَاضِي السُّلْطَانِيَّةِ مِنْ عُشْرٍ أَوْ خَرَاجٍ سِوَى الْأُجْرَةِ

قوله: (المأخوذ الآن من أراضي مصر أجرة لا خراج) وكذا أراضي الشام كما يأتي عن [فضل الله الرومي] وقال في الدر المنتقى: فيؤجرها الإمام، ويأخذ جميع الأجرة لبيت المال، كدار صارت لبيت المال، واختار السلطان استغلالها، وإن اختار بيعها فله ذلك، إما مطلقاً أو لحاجة، فثبت أن بيع الأراضي المصرية وكذا الشامية صحيح مطلقاً، إما من مالكها[1] أو من السلطان، فإن كان من مالكها انتقلت بخراجها، وإن من السلطان فإن لعجز مالكها عن زراعتها فكذلك، وإن لموت مالكها فقدمنا أنها صارت لبيت المال، وإن الخراج سقط عنها، فإذا باعها الإمام لا يجب على المشتري خراج، سواء وقفها أو أبقاها.

قلت: وهذا نوع ثالث: يعني لا عشرية ولا خراجية من الأراضي تسمى أرض المملكة، وأراضي الحوز، وهو ما مات أربابه بلا وارث وآل لبيت المال، أو فتح عنوة وأبقي للمسلمين إلى يوم القيامة، وحكمه على ما في التاترخانية أنه يجوز للإمام دفعه للزراع بأحد طريقتين: إما بإقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج، وإما بإجارتها لهم بقدر الخراج، فيكون المأخوذ في حق الإمام خراجاً، ثم إن كان دراهم فهو خراج موظف، وإن كان بعض الخارج فخراج مقاسمة، وأما في حق الأكرة فأجرة لا غير، لا عشر ولا خراج، فلما دل الدليل على عدم لزوم المؤنتين العشر والخراج في أراضي المملكة، والحوز كان المأخوذ منها أجرة لا غير اهـ. ما في الدر المنتقى ملخصاً.

مَطْلَبٌ: لَا شَيْءَ عَلَى الْفَلَّاحِ لَوْ عَطَّلَهَا، وَلَوْ تَرَكَهَا لَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا

قلت: فعلى هذا لا شيء على زراعها من عشر أو خراج، إلا على قولهما بأن العشر على المستأجر، كما مر في بابه، على أنك علمت أن المأخوذ ليس أجرة من كل وجه، بل هو في حق الإمام خراج ولا يجتمع عشر مع خراج، تأمل. ثم رأيت في الخيرية: الزارع في الأرض الموقوفة عامل بالحصة وهو المستأجر وليس عليه خراج. قال في الإسعاف: وإذا دفع المتولي الأرض مزارعة فالخراج أو العشر من حصة أهل الوقف، لأنها إجارة معنى، وبمثله نقول، إذا كانت الأرض لبيت المال وتدفع مزارعة للمزارعين، فالمأخوذ منهم بدل إجارة لا خراج، كما صرح به الكمال وغيره، ومما هو مصرح به أن خراج المقاسمة لا يلزم بالتعطيل، فلا شيء على الفلاح لو عطلها وهو

---

(١) في ط (قوله إما من مالكها) أي الذي تملكه يوم الفتح أو من ورثه أو من اشتراه منه أو من بائعه

ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع، كأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً بلا وارث،

غير مستأجر لها، ولا جبر عليه بسببها، وبه علم أن بعض المزارعين إذا ترك الزراعة وسكن مصراً فلا شيء عليه، فما تفعله الظلمة من الإضرار به: حرام، صرح به في البحر والنهر اهـ ملخصاً. لكن إذا كان المأخوذ من المزارعين كالربع أو الثلث، من الغلة يكون أجرة كما مر، يلزم أن يكون استئجار الأرض ببعض الخارج منها، وهو فاسد لجهالته، فما وجه الجواز هنا؟ قال في الدر المنتقى. والجواب ما قلنا: إنه جعل في حق الإمام خراجاً وفي حق الأكرة أجرة لضرورة عدم صحة الخراج حقيقة وحكماً لما مر اهـ: أي لعدم من يجب عليه بسبب موت أهلها، وصيرورتها لبيت المال.

قلت: لكن يمكن جعلها مزارعة كما مر في كلام الخيرية. وهي في معنى الإجارة، لا إجارة حقيقية، ولهذا قال في الفتح: إن المأخوذ بدل إجارة.

مطلبٌ: القولُ لذي اليدِ إنّ الأرضَ ملكُهُ وإن كانت خراجيةً

ثم اعلم أن أراضي بيت المال المسماة بأراضي المملكة وأراضي الحوز إذا كانت في أيدي زراعها لا تنزع من أيديهم ما داموا يؤدون ما عليها، ولا تورث عنهم إذا ماتوا، ولا يصح بيعهم لها. ولكن جرى الرسم في الدولة العثمانية أن من مات عن ابن انتقلت لابنه مجاناً، وإلا فلبيت المال، ولو له بنت أو أخ لأب له أخذها بالإجارة الفاسدة، وإن عطلها متصرف ثلاث سنين أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع منه وتدفع لآخر، ولا يصح فراغ أحدهم عنها لآخر إلا بإذن السلطان أو نائبه، كما في شرح "الملتقى"، وتمام الكلام على ذلك قد بسطناه في تنقيح الفتاوى الحامدية. قوله: (ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع الخ) هذا من كلام الفتح، وأقره في البحر.

قلت: لكن عدم ملك الزراع في الأراضي الشامية غير معلوم لنا، إلا في نحو القرى والمزارع الموقوفة أو المعلوم كونها لبيت المال، أما غيرها فزراعها يتوارثونها ويبيعونها جيلاً بعد جيل. وفي شفعة الفتاوى الخيرية: سئل في أخوة لهم أراضٍ مفروسة، ولرجل أرض مفروسة مجاورة لها، وطريق الكل واحد، باع الرجل أرضه هل لهم أخذها بالشفعة ولا يمنع من ذلك كونها خراجية؟ أجاب: نعم، لهم الأخذ بالشفعة، وكونها خراجية لا يمنع ذلك، إذ الخراج لا ينافي الملك. ففي التاتارخانية وكثير من كتب المذهب: وأرض الخراج مملوكة، وكذلك أرض العشر، يجوز بيعها وإيقافها، وتكون ميراثاً كسائر أملاكه، فتثبت فيها الشفعة. وأما الأراضي التي حازها السلطان لبيت المال ويدفعها للناس مزارعة لا تباع فلا شفعة فيها، فإن ادعى واضع اليد الذي تلقاها شراء أو إرثاً أو غيرهما من أسباب الملك أنها ملكه، وأنه يؤدي خراجها، فالقول له أو على من يخاصمه في الملك البرهان إن صحت دعواه عليه شرعاً،

. . . .

واستوفيت شروط الدعوى؛ وإنما ذكرت ذلك لكثرة وقوعه في بلدنا حرصاً على نفع هذه الأمة بإفادة هذا الحكم الشرعي الذي يحتاج إليه كل حين، والله تعالى أعلم اهـ ما في الخيرية.

ولا يخفى أنه كلام حسن جار على القواعد الفقهية، وقد قالوا: إن وضع اليد والتصرف من أقوى ما يستدل به على الملك، ولذا تصح الشهادة بأنه ملكه، وفي رسالة الخراج لأبي يوسف: وأيما قوم من أهل الخراج أو الحرب بادوا فلم يبق منهم أحد، وبقيت أرضهم معطلة، ولا يعرف أنها في يد أحد، ولا أن أحداً يدعي فيها دعوى، وأخذها رجل فحرثها وغرس فيها وأدى عنها الخراج أو العشر فهي له، وهذه الموات التي وصفت لك، وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف اهـ. وقدمنا عنه أيضاً أن أرض العراق والشام ومصر عنوية خراجية تركت لأهلها الذين قهروا عليها. وفي شرح السير الكبير للسرخسي: فإن صالحوهم على أراضيهم، مثل أرض الشام مدائن وقرى، فلا ينبغي للمسلمين أن يأخذوا شيئاً من دورهم وأراضيهم، ولا أن ينزلوا عليهم منازلهم، لأنهم أهل عهد وصلح اهـ. فإذا كانت مملوكة لأهلها فمن أين يقال إنها صارت لبيت المال باحتمال أن أهلها كلهم ماتوا بلا وارث؟ فإن هذا الاحتمال لا ينفي الملك الذي كان ثابتاً، وقد سمعت التصريح في المتن تبعاً للهداية، بأن أرض سواد العراق مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها، وكذلك أرض مصر والشام كما سمعته، وهذا على مذهب ظاهر، وكذا عند من يقول. إنها وقف على المسلمين، فقد قال الإمام السبكي: إن الواقع في هذه البلاد الشامية والمصرية أنها في أيدي المسلمين، فلا شك أنها لهم إما وقفاً وهو الأظهر من جهة عمر رضي الله عنه، وإما ملكاً وإن لم يعرف من انتقل منه إلى بيت المال، فإن من بيده شيء لم يعرف من انتقل إليه منه يبقى في يده، ولا يكلف بينة. ثم قال: ومن وجدنا في يده أو ملكه مكاناً منها، فيحتمل أنه أحيي، أو وصل إليه وصولاً صحيحاً اهـ.

مطلب: ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف

قال المحقق ابن حجر المكي في فتاواه الفقهية بعد نقله كلام السبكي: فهذا صريح في أنا نحكم لذوي الأملاك والأوقاف ببقاء أيديهم على ما هي عليه، ولا يضرنا كون أصل الأراضي ملكاً لبيت المال، أو وقفاً على المسلمين، لأن كل أرض نظرنا إليها بخصوصها، لم يتحقق فيها أنها من ذلك الوقف ولا الملك، لاحتمال أنها كانت مواتاً وأحييت، وعلى فرض تحقق أنها من بيت المال، فإن استمرار اليد عليها

والتصرف فيها تصرف الملاك في أملاكهم أو النظار فيما تحت أيديهم الأزمان المتطاولة قرائن ظاهرة أو قطعية على اليد المضيفة، تعدم التعرض لمن هي تحت يده وعدم نزاعها منه. قال السبكي: ولو جوزنا الحكم برفع الموجود لمحتمل. أي وهو اليد بغير بينة، بل بمجرد أصل مستصحب، لزم تسليط الظلمة على ما في أيدي الناس. ثم قال ابن حجر بعد كلام طويل: إذا تقرر ذلك بان لك واتضح اتضاحاً لا يبقى معه ريبة. أن الأراضي التي في أيدي الناس بمصر والشام المجهول انتقالها إليهم تقر في يد أربابها، ولا يتعرض لهم فيها بشيء أصلاً، لأن الأئمة إذا قالوا في الكنائس المبنية للكفر إنها تبقى، ولا يتعرض لها عملاً بذلك الاحتمال الضعيف: أي كونها كانت في برية، فاتصلت بها عمارة المصر، فأولى أن يقولوا ببقاء تلك الأراضي بيد من هي تحت أيديهم، باحتمال أنها كانت مواتاً فأحييت، أو أنها انتقلت إليهم بوجه صحيح. اهـ

مَطْلَبٌ فِيمَا وَقَعَ مِنَ الْمَلِكِ الظَّاهِرِ بِيبَرْسَ مِنْ إِرَادَتِهِ انْتِزَاعَ الْعَقَارَاتِ مِنْ مُلَّاكِهَا لِبَيْتِ الْمَالِ

وقد أطال رحمه الله تعالى في ذلك إطالة حسنة رداً على من أراد انتزاع أوقاف مصر وإقليمها، وإدخالها في بيت المال، بناء على أنها فتحت عنوة، وصارت لبيت المال، فلا يصح وقفها. قال: وسبقه إلى ذلك الملك الظاهر بيبرس، فإنه أراد مطالبة ذوي العقارات بمستندات تشهد لهم بالملك، وإلا انتزعها من أيديهم متعللاً بما تعلل به ذلك القائل، فقام عليه شيخ الإسلام الإمام النووي رحمه الله تعالى، وأعلمه بأن ذلك غاية الجهل والعناد، وأنه لا يحل عند أحد من علماء المسلمين، بل من في يده شيء، فهو ملكه، لا يحل لأحد الاعتراض عليه، ولا يكلف إثباته ببينة، ولا زال النووي رحمه الله يشنع على السلطان ويعظه إلى أن كف عن ذلك، فهذا الحبر الذي اتفقت علماء المذاهب على قبول نقله والاعتراف بتحقيقه وفضله نقل إجماع العلماء على عدم المطالبة بمستند عملاً باليد الظاهر فيها أنها وضعت بحق. اهـ

قلت: فإذا كان مذهب هؤلاء الأعلام أن الأراضي المصرية والشامية أصلها وقف على المسلمين أو لبيت المال ومع ذلك لم يجيزوا مطالبة أحد يدعي شيئاً أنه ملكه بمستند يشهد له بناء على احتمال انتقاله إليه بوجه صحيح، فكيف يصح على مذهبنا بأنها مملوكة لأهلها أقروا عليها بالخراج، كما قدمناه؟ أن يقال: إنها صارت لبيت المال، وليست مملوكة للزراع، لاحتمال موت المالكين لها شيئاً فشيئاً بلا وارث، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان أوقافها وإبطال المواريث فيها، وتعدي الظلمة على أرباب الأيدي الثابتة المحققة في المدد المتطاولة بلا معارض ولا منازع، ووضع العشر أو الخراج

فصارت لبيت المال وعلى هذا فلا يصح بيع الإمام، ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها، لأنه كوكيل اليتيم فلا يجوز إلا لضرورة والعياذ بالله تعالى. زاد

عليها لا ينافي ملكيتها كما مر، وهو صريح قول المصنف وغيره هنا: إن أرض سواد العراق خراجية وإنها مملوكة لأهلها، واحتمال موت أهلها بلا وارث لا يصلح حجة في إبطال اليد المثبتة للملك، فإنه مجرد احتمال لم ينشأ عن دليل، ومثله لا يعارض المحقق الثابت، فإن الأصل بقاء الملكية، واليد أقوى دليل عليها، فلا تزول إلا بحجة ثابتة، وإلا لزم أن يقال مثل ذلك في كل مملوك بظاهر اليد، مع أنه لا يقول به أحد. وقد سمعت نقل الإمام النووي الإجماع على عدم التعرض، مع أن مذهبه أن تلك الأراضي في الأصل غير مملوكة لأهلها بل هي وقف، أو ملك لبيت المال، فعلى مذهبنا بالأولى، واحتمال كون أهلها ماتوا بلا وارث بعد الإمام النووي أبعد البعد، وهذا ابن حجر المكي بعد النووي بمئات من السنين وقد سمعت كلامه.

والحاصل في الأراضي الشامية والمصرية ونحوها: أن ما علم منها كونه لبيت المال بوجه شرعي فحكمه ما ذكره الشارح عن الفتح، وما لم يعلم فهو ملك لأربابه والمأخوذ منه خراج لا أجرة، لأنه خراجي في أصل الوضع، فاغتنم هذا التحرير، فإنه صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ، وإنما أطلت في ذلك لأني لم أر من تعرض لذلك هنا، بل تبعوا المحقق الكمال في ذلك والحق أحق أن يتبع، ولعل مراد المحقق ومن تبعه الأراضي التي علم كونها لبيت المال، والله تعالى أعلم.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ السُّلْطَانِ وَشِرَائِهِ أَرَاضِي بَيْتِ المَالِ

قوله: (وعلى هذا) أي على كونها صارت لبيت المال. قوله: (من وكيل بيت المال) متعلق بـ (شراؤه)، وهو من نصبه الإمام قيماً على بيت المال، وأما البيع فيصح بيعه بنفسه، بخلاف الشراء، فإن وصيّ اليتيم لا يصح شراؤه مال اليتيم، فلذا قيد الشراء بكونه من الوكيل. وفي الخانية والخلاصة: فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره، ثم يشتري من المشتري اهـ. وفي المجتبى: إذا أراد السلطان أن يشتريها لنفسه أمر غيره أن يبيعها من غيره ثم يشتريها لنفسه من المشتري، لأن هذا أبعد من التهمة اهـ. قوله: (لأنه كوكيل اليتيم) أي كوصيه وسماه وكيلاً مشاكلة. قوله: (فلا يجوز إلا لضرورة) أي بأن احتاج بيت المال لكن نازعه صاحب البحر في رسالته بإطلاق ما مر آنفاً عن الخانية والخلاصة، فإنه يدل على جواز البيع للإمام مطلقاً، وبما في الزيلعي من أن للإمام ولاية عامة، وله أن يتصرف في مصالح المسلمين والاعتياض عن المشترك العام جائز من الإمام، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح بيعه. فقوله: (شيئاً) نكرة في سياق الشرط يعم العقار وغيره لحاجة وغيرها. قوله: (زاد في البحر)

في البحر: أو رغب في العقار بضعف قيمته على قول المتأخرين المفتى به.

قلت: وسيجيء في باب الوصي جواز بيع عقار الصبي في سبع مسائل، وأفتى مفتي دمشق [فضل الله الرومي] بأن غالب أراضينا سلطانية لانقراض ملاكها، فآلت لبيت المال فتكون في يد زراعها كالعارية اهـ. وفي النهر عن الواقعات: لو أراد السلطان شراءها لنفسه يأمر غيره ببيعها ثم يشتريها منه انتهى. وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال فالأصل الصحة، وبه عرف صحة وقف المشتراة من بيت المال، وأن شروط الواقفين صحيحة وأنه لا

أي زاد على قوله: «إلا لضرورة» قوله: «أو رغب في العقار الخ» وعبر عن هذه الزيادة في «التحفة المرضية» بقوله: «أو مصلحة» فافهم.

قلت: وسيذكر آخر الباب أن للإمام أن يقطع من بيت المال الأرض لمستحق؛ لأن هذا تمليك رقبتها كما سنحققه، وعلى هذا فيمكن شراؤها من المستحق

قوله: (على قول المتأخرين) أي في وصي اليتيم أنه ليس له بيع العقار إلا في المسائل السبع الآتية، وهو المفتى به. وعند المتقدمين: له البيع مطلقاً، واختاره الإسبيجابي وصاحب المجمع وكثير، كما في «التحفة المرضية». قوله: (في سبع مسائل) نصه: وجاز بيعه عقار صغير من أجنبي لا من نفسه بضعف قيمته أو لنفقة الصغير، أو دين الميت أو وصية مرسلة لا نفاذ لها إلا منه، أو تكون غلته لا تزيد على مؤنته، أو خوف خرابه أو نقصانه، أو كونه في يد متغلب اهـ ح. قوله: (فضل الله الرومي) في بعض النسخ «الرصي» وهو تحريف. قوله: (بأن غالب أراضينا) الظاهر أن المراد الأراضي الشامية، ويحتمل أن يكون المراد الأراضي الرومية، ويؤيد الأول ما قدمناه عن الدر المنتقى من قوله: وكذا الشامية حيث جعلها مثل المصرية، وكأن هذا مأخوذ من كلام الفتح المار وقد علمت ما فيه. قوله: (كالعارية) وجه الشبه بينهما عدم تصرف من هي في يده تصرف الملاك من البيع ونحوه اهـ ح. فلا ينافي ما مر عن الخيرية من أنها تكون في أيديهم بالأجرة بقدر الخراج، وسيذكر الشارح أن من أقطعه السلطان أرضاً فله إجارتها. قوله: (ثم يشتريها منه) يعني من المشتري كما قدمنا التصريح به في عبارة التجنيس، وظاهر هذا أنه لا تشترط الضرورة في صحة البيع والشراء كما مر. قوله: (وإذا لم يعرف الحال في الشراء الخ) أي لم يعرف أنه شراء صحيح، وجد فيه المسوغ الشرعي؛ بناء على ما مر عن الفتح من أنه لا يجوز إلا لضرورة. قوله: (فالأصل الصحة) حملاً لحال المسلم على الكمال. قوله: (وبه عرف الخ) هذا كله أيضاً من كلام النهر، وأصله لصاحب البحر.

. . . .

مَطْلَبٌ فِي وَقْفِ الأَرَاضِي الَّتِي لِبَيْتِ المَالِ وَمُرَاعَاةِ شُرُوطِ الوَاقِفِ

حاصله أن من اشترى أرضاً مما صار لبيت المال فقد ملكها، وإن لم يعرف حال الشراء حملاً له على الصحة ولا خراج عليها بناء على ما مرّ من أنها لما مات ملاكها بلا ورثة عادت لبيت المال وسقط خراجها لعدم من يجب عليه، فإذا باعها الإمام لم يجب على المشتري خراجها لقبض الإمام ثمنها، وهو بدل عينها. وتقدم أيضاً أنه لا عشر عليها أيضاً، وتقدم ما في ذلك، وحيث ملكها بالشراء صح وقفه لها، وتراعى شروط وقفه. قال في: «التحفة المرضية»: سواء كان سلطاناً أو أميراً أو غيرهما. وما ذكره الجلال السيوطي من أنه لا يراعى شروطه إن كان سلطاناً أو أميراً، وأنه يستحق ريعه من يستحق في بيت المال، من غير مباشرة للوظائف، فمحمول على ما إذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان إياه من بيت المال، كما لا يخفى اهـ.

وحاصله أن ما ذكره السيوطي لا يخالف ما قلنا، لأنه محمول على ما إذا لم يعرف شراء الواقف لها من بيت المال، بل وصلت إليه بإقطاع السلطان لها: أي بأن جعل له خراجها مع بقاء عينها لبيت المال، فلم يصح وقفه لها، ولا تلزم شروطه، بخلاف ما إذا ملكها ثم وقفها كما قلنا.

مَطْلَبٌ: أَوْقَافُ المُلُوكِ وَالأُمَرَاءِ لَا يُرَاعَى شَرْطُهَا

قلت: لكن بقي ما إذا لم يعرف شراؤه لها ولا عدمه، والظاهر أنه لا يحكم بصحة وقفه؛ لأنه لا يلزم من وقفه لها أنه ملكها، ولهذا قال السيد الحموي في حاشية الأشباه قبيل قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام» ما نصه: «وقد أفتى علامة الوجود المولى أبو السعود مفتي السلطنة السليمانية بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها، لأنها من بيت المال أو ترجع إليه، وإذا كان كذلك يجوز الإحداث إذا كان المقرر في الوظيفة أو المرتب من مصاريف بيت المال» اهـ. ولا يخفى أن المولى أبا السعود أدرى بحال أوقاف الملوك. ومثله ما سيذكره الشارح في الوقف عن «المحبية» عن «المبسوط» من: «أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع؛ لأن أصلها لبيت المال» اهـ: يعني إذا كانت لبيت المال، ولم يعلم ملك الواقف لها، فيكون ذلك إرصاداً لا وقفاً حقيقة: أي أن ذلك السلطان الذي وقفه أخرجه من بيت المال، وعينه لمستحقيه من العلماء والطلبة، ونحوهم عوناً لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال.

مَطْلَبٌ: فِيمَا وَقَعَ لِلسُّلْطَانِ بَرْقُوقَ مِنْ إِرَادَتِهِ نَقْضَ أَوْقَافِ بَيْتِ المَالِ

ولذا لما أراد السلطان نظام «المملكة برقوق» في عام نيف وثمانين وسبعمائة أن

خراج على أراضيها (وموات أحياه ذمي بإذن الإمام) أو رضخ له كما مر (خراجي ولو أحياه مسلم اعتبر قربه) ما قارب الشيء يعطى حكمه (وكل منهما) أي

ينقض هذه الأوقاف لكونها أخذت من بيت المال، وعقد لذلك مجلساً حافلاً حضره الشيخ سراج الدين البلقيني والبرهان ابن جماعة وشيخ الحنفية الشيخ أكمل الدين شارح الهداية، فقال البلقيني: ما وقف على العلماء والطلبة لا سبيل إلى نقضه، لأن لهم في الخمس أكثر من ذلك، وما وقف على فاطمة وخديجة وعائشة ينقض، ووافقه على ذلك الحاضرون، كما ذكره السيوطي في «النقل المستور»[1] في جواز قبض معلوم الوظائف بلا حضور، ثم رأيت نحوه في شرح الملتقى، ففي هذا صريح بأن أوقاف السلاطين من بيت المال إرصادات، لا أوقاف حقيقة، وأن ما كان منها على مصاريف بيت المال لا ينقض، بخلاف ما وقفه السلطان على أولاده أو عتقائه مثلاً، وأنه حيث كانت أرصاداً لا يلزم مراعاة شروطها لعدم كونها وقفاً صحيحاً، فإن شرط صحته ملك الواقف، والسلطان بدون الشراء من بيت المال لا يملكه. وقد علمت موافقة العلامة الأكمل على ذلك، وهو موافق لما مر عن المبسوط، وعن المولى أبي السعود، ولما سيذكره الشارح في الوقف عن النهر: من أن وقف الإقطاعات لا يجوز إلا إذا كانت أرضاً مواتاً، أو ملكاً للإمام فأقطعها رجلاً. وهذا خلاف ما في «التحفة المرضية» عن العلامة قاسم من أن وقف السلطان لأرض بيت المال صحيح.

قلت: ولعل مراده أنه لازم لا يغير إذا كان على مصلحة عامة، كما نقل الطرسوسي عن قاضيخان من أن السلطان لو وقف أرضاً من بيت مال المسلمين على مصلحة عامة للمسلمين جاز. قال ابن وهبان: «لأنه إذا أبده على مصرفه الشرعي فقد منع من يصرفه من أمراء الجور في غير مصرفه» اهـ. فقد أفاد أن المراد من هذا الوقف تأبيد صرفه على هذه الجهة المعينة التي عينها السلطان مما هو مصلحة عامة، وهو معنى الإرصاد السابق، فلا ينافي ما تقدم، والله سبحانه أعلم. قوله: (بإذن الإمام) قيد به لأن الإحياء يتوقف على إذنه. ط عن المنح. قوله: (كما مر) أنه إذا قاتل مع المسلمين أو دلهم على الطريق يرضخ له. ط. قوله: (خراجي) لأنه ابتداء وضع على الكافر وهو أليق به كما مر. قوله: (اعتبر قربه) أي قرب ما أحياه إن كان إلى أرض الخراج أقرب كانت خراجية، وإن كان إلى العشر أقرب فعشرية. نهر. وإن كانت بينهما فعشرية مراعاة لجانب المسلم. ط. وعند أبي يوسف، واعتبر محمد الماء، فإن أحياها بماء الخراج فخراجية، وإلا فعشرية. بحر. وبالأول يفتى. در منتقى. قوله: (ما قارب الشيء يعطى حكمه) استئناف قصد به التعليل كفناء الدار لصاحبها الانتفاع به، وإن لم يكن ملكاً له، ولذا لا يجوز إحياء ما قرب من العامر. بحر. قوله: (وكل منهما الخ) تبع في

---

(١) في ط «قوله في النقل المستور» مقيداً بالأصل المقابل على خطه ولعله «المسطور». تنبيه.

العشرية والخراجية (إن سقي بماء العشر أخذ منه العشر إلا أرض كافر تسقى بماء العشر) إذ الكافر لا يبدأ بالعشر (وإن سقي بماء الخراج أخذ منه الخراج) لأن النماء بالماء (وهو) أي الخراج (نوعان: خراج مقاسمة إن كان الواجب بعض

هذا صاحب الدرر، وهو مخالف لما في الولوالجية والمجتبى والكافي وغيرها من أن اعتبار الماء فيما لو جعل المسلم داره بستاناً. قال في الكافي: لأن المؤنة في غير المنصوص عليه تدور مع الماء فإن كانت تسقى بماء بئر أو عين فهي عشرية، وإن كانت تسقى بأنهار الأعاجم فخراجية ولو بهذا مرة وبهذا مرة، فالعشر أحق بالمسلم اهـ. ومقتضاه أن المنصوص على أنه عشري كأرض العرب ونحوها أو على أنه خراجي كأرض السواد ونحوها، لا يعتبر فيه الماء، وعن هذا قال في الفتح بعد كلام:

والحاصل أن التي فتحت عنوة إن أقرّ الكفار عليها لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر، وإن قسمت بين المسلمين لا يوظف إلا العشر، وإن سقيت بماء الأنهار. وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحييت مسلماً إن كان تحمل إليها ماء الأنهار فخراجية، أو ماء عين ونحوه فعشرية، وهذا قول محمد وهو قول أبي حنيفة اهـ.

ومقتضى أن الماء يعتبر فيما لو أحيا مسلم أرضاً أو جعل داره بستاناً، بخلاف المنصوص على أنه عشري أو خراجي، وقدمنا عن النهر لكن في أن المفتى به قول أبي يوسف: إنه يعتبر القرب، وهو ما مشى عليه المصنف أولاً كالكنز وغيره، وقدمه في متن الملتقى، فأفاد ترجيحه على قول محمد. وقال ح: وهو المختار كما في الحموي على الكنز عن شرح القرحصاري، وعليه المتون. واعتبر المصنف قول محمد. قال في الشرنبلالية: قوله وكل منهما الخ فيه مخالفة لقوله قبله: وما أحياه مسلم يعتبر بقربه لأنه اعتبر الحيز أولاً، وهنا اعتبر الماء، وعلمت أن ذاك قول أبي يوسف، وهذا قول محمد اهـ. قوله: (بماء العشر) هو ماء السماء والبئر والعين والبحر الذي لا يدخل تحت ولاية أحد، وماء الخراج هو ماء أنهار حفرتها الأعاجم، وكذا سيحون وجيحون ودجلة والفرات، خلافاً لمحمد.

والحاصل أنه ما كان عليه يد الكفرة ثم حويناه قهراً وما سواه عشري، وتمامه فيما قدمناه في باب العشر.

مطلب في خراج المقاسمة

قوله: (خراج مقاسمة الخ) هذا إنما يوضع ابتداء على الكافر كالموظف، فإذا فتح بلدة ومنّ على أهلها بأرضها له أن يضع الخراج عليها مقاسمة أو موظفاً، بخلاف ما إذا قسمها بين الغانمين فإنه يضع العشر. قال الخير الرملي: خراج المقاسمة كالموظف مصرفاً، وكالعشر ما أخذ، إلا فرق فيه بين الرطاب والزرع والكرم والنخل

الخارج كالخمس ونحوه، وخراج وظيفة إن كان الواجب شيئاً في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض، كما وضع عمر رضي الله عنه على السواد لكل جريب) هو ستون ذراعاً في ستين بذراع كسرى [سبع قبضات]، وقيل المعتبر في كل بلدة عرفهم، وعرف مصر التقدير بالفدان. فتح. وعلى الأول المعول. بحر

المتصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ما تطيق الأرض من: النصف، أو الثلث، أو الربع، أو الخمس، وقد تقرر أن خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه بالخارج، ولذا يتكرر بتكرر الخارج في السنة وإنما يفارقه في المصرف، فكل شيء يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة، وتجري الأحكام التي قررت في العشر وفاقاً وخلافاً؛ فإذا علمت ذلك علمت ما يزرع في بلادنا وما يغرس، فإذا غرس رجل في أرضه زيتوناً أو كرماً أو أشجاراً يقسم الخارج كالزرع ولا شيء عليه قبل أن يطعم، بخلاف ما إذا غرس في الموقف، ولو أخذها مقاطعة على دراهم معينة بالتراضي ينبغي الجواز، وكذا لو وقع على عدد الأشجار؛ لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان، ولأن تقدير خراج المقاسمة مفوض لرأي الإمام، وكل من الأنواع الثلاثة يعمل في بلادنا، فبعض الأرض تقسم ثمار أشجارها، ويأخذ مأذون السلطان منها ثلثاً أو ربعاً ونحوه، وبعضها يقطع عليه دراهم معينة، وبعضها يعد أشجارها، ويأخذ على كل شجرة قدراً معيناً، وكل ذلك جائز عند الطاقة والتراضي على أخذ شيء في مقابلة خراج المقاسمة لمن يستحقه، ولا شك أن أراضي بلادنا خراجية، وخراجها مقاسمة، كما هو مشاهد، وتقديره مفوض إلى رأي الإمام اهـ ويأتي تمام الكلام.

قلت: لكن مر أن المأخوذ الآن من أراضي مصر والشام: أجرة لا عشر ولا خراج، والمراد الأراضي التي صارت لبيت المال لا المملوكة أو الموقوفة كما قدمناه، لكن هذه الأجرة بدل الخراج كما مر ويأتي. قوله: (يتعلق بالتمكن من الانتفاع) بيان لكونه واجباً في الذمة: أي أنه يجب في ذمته بمجرد تمكنه من الانتفاع بالأرض لا بعين الخارج حتى لو تمكن من الزراعة وعطلها وجب، بخلاف ما لم يتمكن كما سيذكره المصنف. قوله: (كما وضع الخ) تمثيل لخراج الوظيفة. قوله: (على السواد) أي قرى العراق. قوله: (بذراع كسرى) احترز عن ذراع العامة وهو ست قبضات. فتح. والقبضة أربع أصابع. قوله: (بالفدان) بالتثقيل آلة الحرث، ويطلق على الثورين يحرث عليهما في قران، وجمعه فدادين، وقد يخفف فيجمع على أفدنة وفدن. مصباح. والمراد هنا الأرض، وهو في عرف الشام نوعان: رومانيّ، وخطاطيّ، ومساحة كل معروفة عند الفلاحين. قوله: (وعلى الأول المعول بحر) وأصله في الفتح وقال: إن الثاني يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان، ومقتضاه أن يتحد الواجب مع اختلاف المقادير،

(يبلغه الماء صاعاً من بر أو شعير ودرهماً) عطف على صاع من أجود النقود زيلعي **(ولجريب الرطبة خمسة دراهم، ولجريب الكرم أو النخل متصلة)** قيد فيهما **(ضعفها ولما سواه)** مما ليس فيه توظيف عمر **(كزعفران وبستان)** هو كل أرض يحوطها حائط وفيها أشجار متفرقة يمكن الزرع تحتها.

وإنه قد يكون عرف بلد فيه مئة ذراع وعرف أخرى فيبين خمسون ذراعاً. قوله: **(يبلغه الماء)** صفة لجريب، قيد به لما يأتي من أنه لا خراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع، وبه علم أن المراد الماء الذي تصير به الأرض صالحة للزراعة، فصار كقول الكنز جريب صالح للزراعة. قوله: **(صاعاً)** منصوب وضع وهو القفيز الهاشمي الذي ورد عن عمر رضي الله تعالى عنه، كما في الهداية وغيرها، وهو ثمانية أرطال أربعة أمناء، وهو صاع رسول الله ﷺ، وينسب إلى الحجاج فيقال صاع حجاجي، لأن الحجاج أخرجه بعدما فقد، كما في ط عن الشلبي. قوله: **(من بر أو شعير)** أي فهو مخير في إعطاء الصاع من الشعير أو البر، كما في النهاية معزياً إلى فتاوى قاضيخان. والصحيح أنه مما يزرع في تلك الأرض كما في الكافي. شرنبلالية، ومثله في البحر. وبقي ما إذا عطلها، والظاهر أن الإمام يخير. تأمل. قوله: **(ودرهماً)** هو وزن سبعة كما في الزكاة بحر. وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطاً. جوهرة. قوله: **(الرطبة)** بالفتح، والجمع الرطاب: وهي القثاء والخيار والبطيخ والباذنجان، وما جرى مجراه، والبقول غير الرطاب مثل الكراث. شرنبلالية. قوله: **(متصلة)** يعني أنه يشترط في تلك الأشجار التي للعنب والتمر ونحوها أن تكون متصلاً بعضها ببعض بحيث لا يمكن أن تزرع تحتها، أفاده في شرح الملتقى. فلو كانت متفرقة في جوانب الأرض ووسطها مزروع فلا شيء فيها، كما لا شيء في غرس أشجار غير مثمرة. بحر عن ط. وقوله: فلا شيء فيها: أي في الأشجار المتفرقة بل يجب في الأرض، لأنها إذا كانت متفرقة فهي بستان فيجب بقدر الطاقة على ما يأتي، أو المراد لا شيء فيها مقدر. تأمل. وقوله كما لا شيء في غرس الخ، هذا إذا لم يقصد شغل أرضه بها، فلو استنمى أرضه بقوائم الخلاف وما أشبهه أو القصب أو الحشيش كان فيه العشر كما قدمناه في بابه عن البدائع وغيرها. تأمل. قوله: **(ضعفها)** أي ضعف الخمسة وهو عشرة دراهم لما فيه من الأثمار، فإن كانت لم تثمر بعد ففيها خراج الزرع كما في التتارخانية. در منتقى. قوله: **(ولما سواه)** أي سوى ما ذكر من الأشياء الثلاثة الموظف عليها. قوله: **(مما ليس فيه توظيف عمر)** قصد به إصلاح المتن فإن ظاهره أن الزعفران والبستان فيه توظيف عمر كما هو قضية العطف، مع أنه ليس كذلك. قوله: **(يحوطها)** أي يرعاها ويحفظها، أو هو بتشديد الواو: أي دار عليها حائط. قال في المصباح: حاطه يحوطه حوطاً: رعاه،

فلو ملتفة: أي متصلة لا يمكن زراعة أرضها، فهو كرم **(طاقته و)** غايته الطاقة **(نصف الخارج)** لأن التنصيف عين الإنصاف **(فلا يزد عليه)** في خراج المقاسمة ولا في الموظف على مقدار ما وظفه عمر رضي الله تعالى عنه،

محوّطة حوله تحويطاً: أدار عليه نحو التراب حتى جعله محيطاً به اهـ. قوله: **(فلو ملتفة الخ)** في المصباح: التف النبات بعضه ببعض: اختلط.

ثم اعلم أن حاصل ما ذكره من الفرق بين البستان والكرم، هو أن ما كانت أشجاره ملتفة فهو كرم، وما كانت متفرقة فهو بستان، وقد عزاه في البحر إلى الظهيرية، ومثله في شرح النسفي، ومقتضاه أن الكرم لا يختص بشجر العنب، مع أن ما في الهداية من عطف النخيل على الكرم يفيد أنه غيره. وفي الاختيار: والجريب الذي فيه أشجار مثمرة ملتفة لا يمكن زراعتها، قال محمد: يوضع عليه بقدر ما يطيق، لأنه لم يرد عن عمر رضي الله تعالى عنه في البستان تقدير فكان مفوضاً إلى رأي الإمام. وقال أبو يوسف: لا يزاد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم، فالوارد في الكرم وارد فيه دلالة، وإن كان فيه أشجار متفرقة فهي تابعة للأرض اهـ. ومفاده هنا أيضاً أن الكرم مختص بالعنب والبستان غيره بقرينة التعليل أولاً وثانياً، وهذا أوفق بما في كتب اللغة، ومفاده أيضاً أن الخلاف بين محمد وأبي يوسف في البستان إذا كانت أشجاره ملتفة، وأن ما في المتن هو قول محمد وعليه جرى في الملتقى. وذكر في البدائع مثل ما في الاختيار حيث قال: وفي جريب الكرم عشرة دراهم، وأما جريب الأرض التي فيها أشجار مثمرة بحيث لا يمكن زراعتها لم يذكر في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان النخل ملتفاً جعلت عليه الخراج بقدر ما يطيق، ولا أزيد على جريب الكرم عشرة دراهم. قوله: **(لأن التنصيف الخ)** علة لقوله: وغايته الطاقة نصف الخارج، فلا ينافي أنه يجوز النقص عنه، فافهم.

مطلب: لا يحول خراج الموظف إلى خراج المقاسمة، وبالعكس

قوله: **(فلا يزاد عليه في خراج المقاسمة)** ترك ما لو وظف مع أن الكلام فيه، فكان عليه أن يقول: فلا يزاد عليه لا في خراج المقاسمة ولا في الموظف الخ. أفاده ح.

قلت: وقد يجاب بأن قوله: والتنصيف الخ يفيد أنه يجوز وضع النصف أو الربع أو الخمس فيصير خراج مقاسمة لأنه جزء من الخارج وهو غير الموظف، فقوله في خراج مقاسمة: أراد به هذا النوع، وقوله: ولا في الموظف الخ، أراد به النوع الأول، فافهم. قوله: **(ولا في الموظف على مقدار ما وظفه عمر)** وكذا إذا فتحت بلدة بعد عمر فأراد الإمام أن يضع على ما يزرع حنطة درهمين وقفيزاً وهي تطيقه ليس له ذلك عند

وإن أطاقت على الصحيح. كافي (وينقص مما وظف) عليها (إن لم تطق) بأن لم يبلغ الخارج ضعف الخراج الموظف فينقص إلى نصف الخارج وجوباً وجوازاً عند الإطاقة،

أبي حنيفة: وهو الصحيح، لأن عمر رضي الله تعالى عنه لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة. أفاده في البحر عن الكافي. قال ط: وهذا نص صريح في حرمة ما أحدثه الظلمة على الأرض من الزيادة على الموظف، ولو سلم أن الأراضي آلت لبيت المال وصارت مستأجرة اهـ: أي لما قدمناه عن التاترخانية من أن الإمام يدفعها للزراع بأحد طريقين. إما بإقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج، وإما بإجارتها لهم بقدر الخراج، فقوله: بقدر الخراج يدل على عدم الزيادة.

قلت: لكن المأخوذ الآن من الأراضي الشامية التي آلت إلى بيت المال بموجب البراءة والدفاتر السلطانية، وكذا من الأوقاف شيء كثير، فإن منها ما يؤخذ منه نصف الخارج، ومنها الربع، ومنها العشر والظاهر أنه خراج مقاسمة في أصل الوضع فيؤخذ بقدره إذا صار بدل أجرة، ولعل ما مر من التوظيف كان على سواد العراق فقط، والموضوع على الأراضي الشامية كان خراج مقاسمة فبقي المأخوذ قدره، وقدمنا التصريح عن الخير الرملي بأنه خراج مقاسمة. قوله: (وإن أطاقت) تعميم لقوله: «ولا يزاد عليه الخ» فيشمل ما لم يوظف كما صرح في قوله: «وغاية الطاقة نصف الخارج» ويشمل خراج المقاسمة كما نص عليه في النهر، وكذا الموظف من عمر رضي الله تعالى عنه كما في البحر. أو من إمام بعده كما مر، فافهم.

مطلب: لا يلزم جميع خراج المقاسمة إذا لم تطق لكثرة المظالم

قوله: (وجوازاً عند الإطاقة) اعلم أن قول المصنف وغيره: وينقص مما وظف إن لم تطق: يفهم منه أنها إن أطاقت لا ينقص منه، وهو مخالف لما في الدراية من جواز النقصان عند الإطاقة. قال في النهر: ولو قيل بوجوبه عند عدم الإطاقة وبجوازه عند الإطاقة لكان حسناً، وعليه يحمل ما في الدراية، فتدبره اهـ. وحينئذ فالمفهوم من قول المصنف: إن لم تطق أنه لا يجب التنقيص عند الإطاقة فلا ينافي جوازه، فقول الشارح وجوباً قيد لقول المصنف: «وينقص مما وظف» لا لقوله في الشرح «فينقص إلى نصف الخراج» وقوله: «وجوازاً» عطف على «وجوباً» فكأنه قال: وينقص وجوباً مما وظف إن لم تطق، وجوازاً إن أطاقت، وهذا كلام لا غبار عليه، وبه سقط ما قيل إن مقتضى هذا العطف أن الخارج من الكرم مثلاً لو بلغ ألف درهم جاز أخذ خمسمائة ولا قائل به، والمراد أنه إن بلغ الخارج ضعف الموظف أو أكثر جاز للإمام أن ينقص عن الموظف اهـ. ووجه السقوط أن هذا إنما يرد لو كان قوله: «وجوباً» قيداً لقوله: «فينقص

وينبغي أن لا يزاد على النصف ولا ينقص عن الخمس. حدادي. وفيه لو غرس

إلى نصف الخارج» فيصير معنى قوله: «وجاز» أنه ينقص إلى نصف الخارج جوازاً عند الإطاقة، ولا موجب لهذا الحمل، فافهم. قوله: (وينبغي أن لا يزاد على النصف الخ) هذا في خراج المقاسمة ولم يقيد به لانفهامه من التعبير بالنصف والخمس، فإن خراج الوظيفة ليس فيه جزء معين. تأمل. قال في النهر: وسكت عن خراج المقاسمة، وهو إذا منّ الإمام عليهم بأراضيهم ورأى أن يضع عليهم جزءاً من الخارج كنصف أو ثلث أو ربع، فإنه يجوز ويكون حكمه حكم العشر، ومن حكمه أن لا يزيد على النصف، وينبغي أن لا ينقص عن الخمس. قاله الحدادي اهـ. وبه علم أن قول الشارح: «وينبغي» مذكور في غير محله لأن الزيادة على النصف غير جائزة كما مر التصريح به في قوله: «ولا يزاد عليه» وكون عدم النقص عن الخمس غير منقول، فذكره الحدادي بحثاً. لكن قال الخير الرملي: يجب أن يحمل على ما إذا كانت تطيق، فلو كانت قليلة الريع كثيرة المؤن ينقص، إذ يجب أن يتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة كما في أرض العشر، ثم قال: وفي الكافي: وليس للإمام أن يحول الخراج الموظف إلى خراج المقاسمة.

أقول: وكذلك عكسه فيما يظهر من تعليله، لأنه قال: لأن فيه نقض العهد، وهو حرام اهـ.

قلت: صرح بالعكس القهستاني: وقدمنا عن الرملي أن المأخوذ من الأراضي الشامية خراج مقاسمة، وكتبنا أن ما صار منها لبيت المال تؤخذ أجرته بقدر الخراج ويكون المأخوذ في حق الإمام خراجاً، فحيث كان كذلك تعتبر فيه الطاقة، وبه يعلم أن ما يفعله أهل التيمار والزعامات من مطالبة أهل القرى بجميع ما عينه لهم السلطان على القرى كالقسم من النصف ونحوه ظلم محض، لأن ذلك المعين في الدفاتر السلطانية مبني على أنه كان لا يؤخذ من الزراع، سوى ذلك القسم المعين، والفاضل عنه يبقى للزراع، والواقع في زماننا خلافه، فإن ما يؤخذ منهم الآن ظلماً مما يسمى بالذخائر وغيرها شيء كثير ربما يستغرق جميع الخارج من بعض الأراضي، بل يؤخذ منهم ذلك وإن لم تخرج الأرض شيئاً، وقد شاهدنا مراراً أن بعضهم يتنزل عن أرضه لغيره بلا شيء لكثرة ما عليها من الظلم، وحينئذ فمطالبته بالقسم ظلم على ظلم، والظلم يجب إعدامه، فلا يجوز مساعدة أهل التيمار على ظلمهم، بل يجب أن ينظر إلى ما تطيقه الأراضي، كما أفتى به الخير الرملي، ونقل بعض الشراح عن شمس الأئمة من سيرة الأكاسرة: إذا أصاب زرع بعض الرعية آفة عوضوا له ما أنفقه في الزراعة من بيت مالهم، وقالوا: التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح، فإذا لم يعطه

بأرض الخراج كرماً أو شجراً فعليه خراج الأرض إلى أن يطعم، وكذا لو قلع الكرم وزرع الحب فعليه خراج الكروم، وإذا أطعم فعليه قدر ما يطيق ولا يزيد على عشرة دراهم ولا ينقص عما كان، وكل ما يمكن الزرع تحت شجرة فبستان، وما لا يمكن فكرم، وأما الأشجار التي على المسناة فلا شيء فيها. انتهى. وفي زكاة الهداية: قوم شروا ضيعة فيها كرم وأرض فشرى أحدهما الكرم والآخر الأراضي وأرادوا قسم الخراج، فلو معلوماً فكما كان قبل الشراء، وإلا كأن كان

الإمام شيئاً فلا أقل من أن لا يغرمه الخراج. قوله: (فعليه خراج الأرض) كذا في البحر عن شرح الطحاوي. قال ط: والأولى خراج الزرع كما نقله الشارح عن جميع الفتاوى في باب زكاة الأموال: أي قفيز صاعاً ودرهماً. قوله: (إلى أن يطعم) بضم أوله وكسر ثالثه مبنياً للفاعل. قال في المصباح: أطعمت الشجرة بالألف أدرك ثمرها. قوله: (فعليه خراج الكرم) أي دائماً لأنه صار إلى الأدنى مع قدرته على الأعلى. قال في الفتاوى الهندية: قالوا: من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى، كمن له أرض الزعفران فتركه وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران، وكذا لو كان له كرم فقطع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم، وهذا شيء يعلم ولا يفتى به كي لا تطمع الظلمة في أموال الناس كذا في الكافي ح. قال في الفتح: إذ يدعي كل ظالم أن أرضه كانت تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب اهـ. قوله: (وإذا أطعم) معطوف على قوله: «إلى أن يطعم» قال في البحر وفي شرح الطحاوي: لو أنبت أرضه كرماً فعليه خراجها إلى أن يطعم، فإذا أطعم، فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم، فإن نقص فعليه قفيز ودراهم اهـ. والقفيز صاع كما مر، وهذا بناء على أنها كانت للزراعة، فلو للرطبة فالظاهر لزوم خمسة دراهم، فلذا قال الشارح: ولا ينقص عما كان. تأمل. قوله: (وكل ما يمكن الخ) مكرر مع ما تقدم ح. قوله: (على المسناة) قال في جامع اللغة: المسناة: العرم، وهو ما يبنى للسيل ليرد الماء اهـ ح.

وحاصله: أنها ما يبنى حول الأرض لرد السيل عنها، وتسمى حافتا النهر مسناة أيضاً، والظاهر أن الحكم فيها كذلك، لأن ذلك ليس محل الزرع فلا يسمى شاغلاً للأرض فيكون تبعاً لها. قوله: (قوم) أراد باسم الجمع الاثنين مجازاً بقرينة قوله: «أحدهما» وواو الجمع في «شروا» باعتبار صورة اسم الجمع ح. قوله: (وفيها كرم) أراد به الجنس، كالذي بعده بقرينة الجمع فيما يأتي ح. قوله: (فشرى) عطف على «شروا» عطف مفصل على مجمل ح. قوله: (فلو معلوماً) أي علم حصة الكروم وحصة الأراضي من الخراج المأخوذ. قوله: (وإلا كأن كان جملة) في بعض النسخ بأن كان

جملة فإن لم تعرف الكروم إلا كروماً قسم بقدر الحصص. قرية خراجهم متفاوت، فطلبوا التسوية إن لم يعلم قدره ابتداء ترك على ما كان **(ولا خراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع)** الماء **(أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدة برد)** إلا إذا بقي من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانياً **(أما إذا كانت الآفة غير سماوية)** ويمكن الاحتراز عنها **(كأكل قردة وسباع ونحوها)** كأنعام وفأر ودودة. بحر **(أو هلك)** الخارج **(بعد الحصاد لا)** يسقط

جملة: أي بأن كان خراج الضيعة يؤخذ جملة من غير بيان حصة الكروم وحصة الأراضي. قوله: **(فإن لم تعرف الخ)** يعني لم يعرف أحد أن الكروم كانت أراضي، أو أن الأراضي كانت كروماً. ح. قوله: **(قسم بقدر الحصص)** أي ينظر إلى خراج الكروم والأراضي، فإذا عرف ذلك يقسم جملة خراج الضيعة عليهما على قدر حصصهما. ح عن الخانية.

قلت: والظاهر أن المراد أن ينظر إلى خراجهما خراج وظيفة بأن ينظر كم عرفاً فيهما، فإذا بلغ خراج الكروم مائة درهم مثلاً وخراج الأراضي مائتين يقسم جملة خراج الضيعة عليها أثلاثاً: ثلثه على الكروم، وثلثاه على الأراضي. قوله: **(قرية)** المراد أهلها فلذا قال: خراجهم. قوله: **(إن لم يعلم الخ)** أي إن كان لا يعلم أن خراج أراضيهم كان على التساوي أم لا ترك كما كان.

تنبيه: في الخيرية. سئل في مسجد قرية له أرض لم يعرف عليها خراج من قديم الزمان ويريد السباهي المتكلم على القرية أن يأخذ عليها خراجاً. أجاب: ليس له ذلك والقديم يبقى على قدمه، وحمل أحوال المسلمين على الصلاح واجب. قوله: **(ولا خراج الخ)** أي خراج الوظيفة وكذا خراج المقاسمة والعشر بالأولى لتعلق الواجب بعين الخارج فيهما، ومثل الزرع الرطبة والكرم ونحوهما. خيرية. قوله: **(ما يمكن الزرع فيه ثانياً)** قال في الكبرى: والفتوى أنه مقدر بثلاثة أشهر. نهر. قوله: **(ويمكن الاحتراز عنها)** خرج ما لا يمكن كالجراد، كما في البزازية. قوله: **(كأنعام)** وكقردة وسباع ونحو ذلك. بحر. قوله: **(وفأر ودودة)** عبارته ومنه يعلم أن الدودة والفأرة إذا أكلا الزرع لا يسقط الخراج اهـ.

قلت: لا شك أنهما مثل الجراد في عدم إمكان الدفع، وفي النهر لا ينبغي التردد في كون الدودة آفة سماوية، وأنه لا يمكن الاحتراز عنه. قال الخير الرملي: وأقول: إن كان كثيراً غالباً لا يمكن دفعه بحيلة يجب أن يسقط به، وإن أمكن دفعه لا يسقط. هذا هو المتعين للصواب. قوله: **(أو هلك الخارج بعد الحصاد)** مفهومه أنه لو هلك قبله يسقط الخراج لكن يخالفه التفصيل المذكور فيما لو أصاب الزرع آفة فإن الزرع اسم

وقبله يسقط، ولو هلك بعضه إن فضل عما أنفق شيء أخذ منه مقدار ما بينا. مصنف سراج. وتمامه في الشرنبلالية معزياً للبحر. قال: وكذا حكم الإجارة في الأرض المستأجرة (فإن عطلها صاحبها وكان خراجها موظفاً أو أسلم) صاحبها

للظالم في أرضه، فحيث وجب الخراج بهلاكه بآفة يمكن الاحتراز عنها علم أنه يجب قبل الحصاد إلا أن يحمل الهلاك هنا على ما إذا كان بما لا يمكن الاحتراز عنه فتندفع المخالفة. وقدمنا في باب العشر من الزكاة الاختلاف في وقت وجوبه. فعنده يجب عند ظهور الثمرة والأمن عليها من الفساد، وإن لم يستحق الحصاد إذا بلغت حداً ينتفع به، وعند الثاني عند استحقاق الحصاد، وعند الثالث إذا حصدت وصارت في الجرين، فلو أكل منها بعد بلوغ الحصاد قبل أن تحصد: ضمن عندهما لا عند محمد، ولو بعد ما صارت في الجرين لا يضمن إجماعاً ومر تمامه هناك. قوله: (وقبله يسقط) أي إلا إذا بقي من السنة ما يتمكن فيه من الزراعة كما يؤخذ مما سلف ط. قال الخير الرملي: ولو ملك الخارج في خراج المقاسمة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لتعلقه بالخارج حقيقة، وحكمه حكم الشريك شركة الملك فلا يضمن إلا بالتعدي، فاعلم ذلك فإنه مهم ويكثر وقوعه في بلادنا. وفي الخانية ما هو صريح في سقوطه في حصة رب الأرض بعد الحصاد ووجوبه عليه في حصة الأكار معللاً بأن الأرض في حصته بمنزلة المستأجرة اهـ. قوله: (إن فضل عما أنفق) ينبغي أن يلحق بالنفقة على الزرع ما يأخذه الأعراب وحكام السياسة ظلماً كما يعلم مما قدمناه. قوله: (أخذ منه مقدار ما بينا) أي إن بقي ضعف الخراج كدرهمين وصاعين، يجب الخراج، وإن بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصفه، وأشار الشارح إلى هذا بقوله: «وتمامه في الشرنبلالية» فإنه مذكور فيها. أفاده ح. قوله: (مصنف. سراج) على حذف العاطف أو على معنى مصنفه عن السراج. قوله: (وكذا حكم الإجارة) أي لو استأجر أرضاً فغلب عليها الماء أو انقطع لا تجب الأجرة، وأما لو أصاب الزرع آفة فإنما يسقط أجرة ما بقي من السنة بعد الهلاك لا ما قبله، لأن الأجر يجب بإزاء المنفعة شيئاً فشيئاً، فيجب أجر ما استوفى لا غيره، فيفرق بين هذا وبين الخراج فإنه يسقط كما في البحر عن الولوالجية.

قلت: لكن في إجارة البزازية عن المحيط: الفتوى على أنه إذا بقي بعد هلاك الزرع مدة لا يتمكن من الزراعة لا يجب الأجر، وإلا يجب إذا تمكن من زراعته مثل الأول أو دونه في الضرر، وكذا لو منعه غاصب اهـ. والخراج كذلك كما علمت. قوله: (فإن عطلها صاحبها) أي عطل الأرض الصالحة للزراعة. در. منتقى.

قلت: في الخانية: له في أرض الخراج أرض سبخة لا تصلح للزراعة أو لا يصلها الماء، إن أمكنه إصلاحها ولم يصلح فعليه الخراج، وإلا فلا اهـ. ومن التعطيل من وجه ما لو زرع الأخس مع قدرته على الأعلى، كما مر.

(أو اشترى مسلم) من ذمي (أرض خراج يجب) الخراج (ولو منعه إنسان من الزراعة أو كان الخارج) خراج (مقاسمة لا) يجب شيء. سراج. وقد علمت أن المأخوذ من أراضي مصر: أجرة لا خراج، فما يفعل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحة وإجباره على السكنى في بلدة معينة يعمر داره ويزرع الأرض: حرام بلا شبهة. نهر. ونحوه في الشرنبلالية معزياً للبحر حيث قال: وتقدم أن مصر الآن ليست خراجية بل بالأجرة، فلا شيء على من لم يزرع

قلت: ويستثنى من التعطيل ما ذكره في «الإسعاف» في فصل أحكام المقابر والربط: لو جعل أرضه مقبرة أو خاناً للغلة أو مسكناً سقط الخراج عنه، وقيل لا يسقط والصحيح هو الأول اهـ. وعليه مشى في المنظومة المحبية. [. . . .].

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ عَجَزَ المَالِكُ عَنْ زِرَاعَةِ الأَرْضِ الخَرَاجِيَّةِ

وبقي ما لو عجز مالكها عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها لغيره مزارعة ليأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي لمالك، وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من الأجرة، وإن شاء زرعها من بيت المال، فإن لم يتمكن باعها وأخذ الخراج من ثمنها. قال في النهاية. وهذا بلا خلاف لأنه من باب صرف الضرر العام بالضرر الخاص. وعن أبي يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضاً ليعمل فيها. زيلعي. وفي الذخيرة: لو عادت قدرة مالكها ردها الإمام عليه إلا في البيع.

قوله: (يجب الخراج) أما في التعطيل فلأن التقصير جاء من جهته، وأما فيما بعده فلأن الخراج فيه معنى المؤنة فأمكن إبقاؤه على المسلم، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها، وتمامه في الفتح. قوله: (لا يجب شيء) لأنه إذا منع ولم يقدر على دفعه لم يتمكن من الزراعة، ولأن خراج المقاسمة يتعلق بعين الخارج مثل العشر، فإذا لم يزرع مع القدرة لم يوجد الخارج، بخلاف خراج الوظيفة، لأنه يجب في الذمة بمجرد التمكن من الزراعة.

مَطْلَبٌ: لَوْ رَحَلَ الفَلَّاحُ مِنْ قَرْيَةٍ لَا يُجْبَرُ عَلَى العَوْدِ

قوله: (وقد علمت الخ) حاصله دفع ما يتوهم من قولهم: لو عطلها صاحبها يجب الخراج أنه لو ترك الزراعة لعذر أو لغيره، أو رحل من القرية يجبر على الزراعة والعود، وليس كذلك: أما أولاً فلما علمت من قولهم إن الإمام يدفعها لغيره مزارعة أو بالأجرة، أو يبيعها ولم يقولوا بإجبار صاحبها؛ وأما ثانياً فلما مر من أن الأراضي الشامية خراجها مقاسمة لا وظيفة فلا يجب بالتعطيل أصلاً؛ وأما ثالثاً فلأنها لما صارت لبيت المال صار المأخوذ منها أجرة بقدر الخراج، والأجرة لا تلزم هنا بدون التزام، إما بعقد الإجارة أو بالزراعة.

ولم يكن مستأجراً، ولا جبر عليه بشيء بها، فما يفعله الظلمة من الإضرار به حرام، خصوصاً إذا أراد الاشتغال بالعلم؛ وقالوا: لو زرع الأخس قادراً على الأعلى كزعفران فعليه خراج الأعلى، وهذا يعلم ولا يفتى به كي لا يتجرى الظلمة.

(باع أرضاً خراجية: إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فعليه الخراج، وإلا فعلى البائع) عناية (ولا يؤخذ العشر من الخارج من أرض الخراج) لأنهما لا يجتمعان، خلافاً للشافعي (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في

قال الخير الرملي في حاشية البحر أقول: رأيت بعض أهل العلم أفتى بأنه إذا رحل الفلاح من قريته ولزم خراب القرية برحيله أنه يجبر على العود، وربما اغتر به بعض الجهلة، وهو محمول على ما إذا رحل لا عن ظلم وجور ولا عن ضرورة بل تعنتاً وأمر السلطان بإعادته للمصلحة وهي صيانة القرية عن الخراب، ولا ضرر عليه في العود، وأما ما يفعله الظلمة الآن من الإلزام بالرد إلى القرية مع التكاليف الشاقة والجور المفرط فلا يقول به مسلم، وقد جمع الحصني الشافعي في ذلك رسالة أقام بها الطامة على فاعل ذلك، فارجع إليها إن شئت اهـ. قوله: (كي لا يتجرى الظلمة) قال في العناية: ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً؟ أجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان اهـ. قوله: (باع أرضاً خراجية الخ) هذا إذا كانت فارغة، لكن اختلفوا في اعتبار ما يتمكن المشتري من زراعته، فقيل الحنطة والشعير، وقيل أي زرع كان، وفي أنه هل يشترط إدراك الريع بكماله أو لا. وفي واقعات الناطفي أن الفتوى على تقديره بثلاثة أشهر، وهذا منه اعتبار لزرع الدخن وإدراك الريع، فإن ريع الدخن يدرك في مثل هذه المدة. وأما إذا كانت الأرض مزروعة فباعها مع الزرع: فإن كان قبل بلوغه فالخراج على المشتري مطلقاً، وإن بعد بلوغه وانعقاد حبه فهو كما لو باعها فارغة، ولو كان لها ريعان خريفي وربيعي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري فالخراج عليهما، ولو تداولتها الأيدي ولم تمكث في ملك أحدهما ثلاثة أشهر فلا خراج على أحد اهـ. من التاترخانية ملخصاً. قوله: (عناية) لم أجده فيها، وإنما عزاه في البحر إلى البناية وهي شرح الهداية للعيني. قوله: (ولا يؤخذ العشر الخ) أي لو كان له أرض خراجها موظف لا يؤخذ منها عشر الخارج، وكذا لو كان خراجها مقاسمة من النصف ونحوه، وكذا لو كانت عشرية لا يؤخذ منها خراج لأنهما لا يجتمعان، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين، وإلا لنقل، وتمامه في الفتح. قوله: (ولا يتكرر الخراج الخ) قال في الفتح: فالخراج له شبه من حيث تعلقه

سنة لو موظفاً وإلا) بأن كان خراج مقاسمة (تكرار) لتعلقه بالخارج حقيقة (كالعشر) فإنه يتكرر (ترك السلطان) أو نائبه (الخراج لرب الأرض) أو وهبه له ولو بشفاعة (جاز) عند الثاني وحل له لو مصرفاً، وإلا تصدق به، به يفتى. وما في الحاوي من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور (ولو ترك العشر لا) يجوز إجماعاً ويخرجه بنفسه للفقراء. سراج، خلافاً لما في قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصلحة. من الأشباه معزياً للبزازية فتنبه. وفي النهر: يعلم من قول الثاني

بالتمكن، وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مراراً والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج، فإذا عطلها لا يؤخذ شيء اهـ.

قلت: ومن ذلك أن الخراج يسقط بالموت وبالتداخل كالجزية، وقيل لا كالعشر، وسيأتي تمام الكلام عليه في الفصل الآتي. قوله: (أو وهبه له) بأن أخذه منه ثم أعطاه إياه. قوله: (عند الثاني) أي عند أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز. بحر. ولم يظهر لي وجه قول محمد إن كان مراده أنه لا يجوز ولو كان مصرفاً للخراج. قوله: (وحل له لو مصرفاً) أعاده لأن قوله: «جاز» أي جاز ما فعله السلطان بمعنى أنه لا يضمن ولا يلزم من ذلك حله لرب الأرض. وفي القنية: ويعذر في صرفه إلى نفسه إن كان مصرفاً كالمفتي والمجاهد والمعلم والمتعلم والذاكر والواعظ عن علم، ولا يجوز لغيرهم، وكذا إذا ترك عمال السلطان الخراج لأحد بدون علمه اهـ. قوله: (خلاف المشهور) أي مخالف لما نقله العامة عن أبي يوسف. نهر. قوله: (لا يجوز إجماعاً) لعل وجهه أن العشر مصرفه مصرف الزكاة، لأنه زكاة الخارج، ولا يكون الإنسان مصرفاً لزكاة نفسه، بخلاف الخراج، فإنه ليس زكاة ولذا يوضع على أرض الكافر هذا ما ظهر لي. تأمل. قوله: (معزياً للبزازية) وذلك حيث قال: وفي البزازية: السلطان إذا ترك العشر لمن هو عليه جاز، غنياً كان أو فقيراً، لكن إن كان المتروك له فقيراً فلا ضمان على السلطان، وإن كان غنياً ضمن السلطان العشر للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة اهـ.

قلت: وينبغي حمله على ما إذا كان الغني من مستحقي الخراج، وإلا فينبغي أن يضمن السلطان ذلك من ماله. تأمل. وقدمنا في باب العشر عن الذخيرة مثل ما في البزازية. وقال في الدر المنتقى: ثم رأيت في البرجندي في بيان مصرف الجزية، وكذا لو جعل العشور للمقاتلة جاز لأنه مال حصل بقوتهم اهـ. فليحفظ. وليكن التوفيق اهـ: أي بحمل القول بالمنع على غير المقاتلة والقول بالجواز عليهم.

قلت: لكن قوله: «لو جعل العشور للمقاتلة» ليس صريحاً في جعل عشور أراضيهم. تأمل. قوله: (وفي النهر) من هنا إلى قوله: «وفي الأشباه من كلام النهر». قوله: (يعلم من قول الثاني) أي بجواز ترك الخراج وهبته لمن هو مصرف له.

حكم الإقطاعات من أراضي بيت المال إذ حاصلها: أن الرقبة لبيت المال والخراج له وحينئذ فلا يصح بيعه ولا هبته، ولا وقفه؛ نعم له إجارته تخريجاً على

مطلب في أحكام الإقطاع من بيت المال

قوله: (حكم الإقطاعات الخ) قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الخراج: وللإمام أن يقطع كل موات وكل ما ليس فيه ملك لأحد، ويعمل بما يرى أنه خير للمسلمين، وأعم نفعاً. وقال أيضاً: وكل أرض ليست لأحد، ولا عليها أثر عمارة فأقطعها رجلاً فعمرها، فإن كانت في أرض الخراج أدّى عنها الخراج، وإن كانت عشرية ففيها العشر. وقال في ذكر القطائع: إن عمر اصطفى أموال كسرى، وأهل كسرى، وكل من فرّ عن أرضه أو قتل في المعركة، وكل مغيض ماء أو أجمة، فكان عمر يقطع من هذا لمن أقطع. قال أبو يوسف: وذلك بمنزلة بيت المال الذي لم يكن لأحد، ولا في يد وارث، فللإمام العدل أن يجيز منه ويعطي من كان له عناء في الإسلام، ويضع ذلك موضعه، ولا يحابي به فكذلك هذه الأرض، فهذا سبيل القطائع عندي في أرض العراق، وإنما صارت القطائع يؤخذ منها العشر لأنها بمنزلة الصدقة اهـ.

قلت: وهذا صريح في أن القطائع قد تكون من الموات، وقد تكون من بيت المال لمن هو من مصارفه، وأنه يملك رقبة الأرض، ولذا قال يؤخذ منها العشر، لأنها بمنزلة الصدقة، ويدل له قوله أيضاً: وكل من أقطعه الولاة المهديون أرضاً من أرض السواد وأرض العرب والجبال من الأصناف التي ذكرنا أن للإمام أن يقطع منها، فلا يحل لمن يأتي بعده من الخلفاء أن يرد ذلك، ولا يخرجه من يد من هو في يده وارث أو مشتر، ثم قال: والأرض عندي بمنزلة المال، فللإمام أن يجيز من بيت المال من له عناء في الإسلام، ومن يقوى به على العدو ويعمل في ذلك بالذي يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم، وكذلك الأرضون يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف اهـ. فهذا يدل على أن للإمام أن يعطي الأرض من بيت المال على وجه التمليك لرقبتها كما يعطي المال حيث رأى المصلحة، إذ لا فرق بين الأرض والمال في الدفع للمستحق فاغتنم هذه الفائدة، فإني لم أر من صرح بها، وإنما المشهور في الكتب أن الإقطاع تمليك الخراج مع بقاء رقبة الأرض لبيت المال. قوله: (وحينئذ) أي حين إذ كانت رقبتها لبيت المال وهذا ظاهر، وأما إذا كانت رقبتها للمقطع له كما قلنا، فلا شك في صحة بيعه وغيره.

مطلب في إجارة المقطع ما أقطعه له الإمام

قوله: (نعم له إجارته الخ) قال ابن نجيم في رسالته في الإقطاعات: وصرح

إجارة المستأجر. ومن الحوادث، لو أقطعها السلطان له ولأولاده ونسله وعقبه، على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أخيه ثم مات السلطان، وانتقل من أقطع له في زمن سلطان آخر، هل يكون لأولاده؟ لم أره، ومقتضى قواعدهم إلغاء

الشيخ قاسم في فتوى رفعت له بأن للجندي أن يؤجر ما أقطعه له الإمام. ولا أثر لجواز إخراج الإمام له أثناء المدة، كما لا أثر لجواز موت المؤجر في أثناء المدة، ولا لكونه ملك منفعة لا في مقابلة مال، لاتفاقهم على أن من صولح على خدمة عبد سنة، كان للمصالح أن يؤجره، إلى غير ذلك من النصوص المتفقة بإيجار ما ملكه من المنافع، لا في مقابلة مال فهو نظير المستأجر، لأنه ملك منفعة الإقطاع بمقابلة استعداده لما أعد له، وإذا مات المؤجر أو أخرج الإمام الأرض عن المقطع تنفسخ الإجارة لانتقال الملك إلى غير المؤجر، كما لو انتقل الملك في النظائر التي خرج عليها إجارة الإقطاع وهي إجارة المستأجر، وإجارة العبد الذي صولح على خدمته مدة وإجارة الموقوف عليه الغلة، وإجارة العبد المأذون، وإجارة أم الولد اهـ.

تنبيه: المراد بهذه الإجارة إجارة الأرض للزراعة، لكن إذا كان للأرض زراع واضعون أيديهم عليها ولهم فيها حرث، وكبس ونحوه مما يسمى «كردارا» ويؤدون ما عليها لا تصح إجارتها لغيرهم، أما إذا لم يكن لها زراع مخصوصون، بل يتواردها أناس بعد آخرين ويدفعون ما عليها من خراج المقاسمة، فله أن يؤجرها لمن أراد، لكن الواقع في زماننا المستأجر يستأجرها لأجل أخذ خراجها لا للزراعة ويسمى ذلك التزاماً، وهو غير صحيح كما أفتى به الخير الرملي في «كتاب الوقف»، وكذا في «كتاب الإجارة» في عدة مواضع، فراجعه. قوله: (وانتقل من أقطع له في زمن سلطان آخر) كذا في عبارة النهر، والظاهر أن قوله: «انتقل» بمعنى «مات»، ولو عبر به لكان أولى. قوله: (هل يكون لأولاده) أي هل تصير الأرض لأولاد المقطع له: عملاً بقول السلطان ولأولاده؟ فإنه بمعنى إن مات عن أولاد فلأولاده من بعده فهو تعليق معنى

مَطْلَبٌ فِي بُطْلَانِ التَّعْلِيقِ بِمَوْتِ الْمُعَلِّقِ

قوله: (ومقتضى قواعدهم الخ) حاصل الجواب: أنها لا تكون للأولاد لبطلان التعليق المذكور بموت السلطان المعلق.

مَطْلَبٌ: فِي صِحَّةِ تَعْلِيقِ التَّقْرِيرِ فِي الْوَظَائِفِ

قال في الأشباه من كتاب الوقف. يصح تعليق التقرير في الوظائف أخذاً من تعليق القضاء، والإمارة بجامع الولاية، فلو مات المعلق بطل التقرير، فإذا قال القاضي: إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيها: صح، وقد ذكره في «أنفع الوسائل» تفقهاً وهو فقه حسن اهـ.

التعليق بموت المعلق، فتدبره. ولو أقطعه السلطان أرضاً مواتاً أو ملكها السلطان، ثم أقطعها له جاز وقفه لها، والإرصاد من السلطان ليس بإيقاف البتة. وفي الأشباه قبيل القول في الدين: أفتى العلامة قاسم بصحة إجارة المقطع، وأن للإمام أن يخرجه متى شاء، وقيده ابن نجيم بغير الموات، أما الموات فليس للإمام إخراجه عنه، لأنه تملكه بالإحياء، فليحفظ

فصلٌ في الجزية

هي لغة: الجزاء،

أقول: قدم الشارح في فصل كيفية القسمة في التنفيل أنه يعم كل قتال في تلك السنة ما لم يرجعوا وإن مات الوالي أو عزل ما لم يمنعه الثاني، ومقتضى هذا أن التعليق لا يبطل لموت المعلق، فإن قوله من قتل قتيلاً فله سلبه، فيه تعليق استحقاق السلب على القتل، لكن قدمنا هناك عن شرح السير الكبير خلافه وهو أنه يبطل التنفيل بعزل الأمير، وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لا من جهة العسكر. قوله: (ولو أقطعه السلطان أرضاً مواتاً) أي من أراضي بيت المال حيث كان المقطع له من أهل الاستحقاق، فيملك رقبتها كما قدمناه أو من غير بيت المال، والمراد بإقطاعه أنه له بإحيائها على قول أبي حنيفة من اشتراط إذنه بصحة الإحياء، وهذا لا يختص بكون المحيي مستحقاً من بيت المال، بل لو كان ذمياً ملك ما أحياه. قوله: (أو ملكها السلطان) أي بإحياء أو شراء من وكيل بيت المال. قوله: (ثم أقطعها له) يعني وهبها له. قوله: (جاز وقفه لها) وكذا بيعه ونحوه، لأنه ملكها حقيقة. قوله: (والإرصاد الخ): الرصد: الطريق، ورصدته رصداً من باب قتل: قعدت له على الطريق، وقعد فلان بالمرصد كجعفر، وبالمرصاد بالكسر، وبالمترصد أيضاً: أي بطريق الارتقاب والانتظار، وربك لك بالمرصاد أي مراقبك، فلا يخفى عليه شيء من فعالك ولا تفوته. مصباح. ومنه سمي إرصاد السلطان بعض القرى والمزارع من بيت المال على المساجد والمدارس ونحوها لمن يستحق من بيت المال كالقراء والأئمة والمؤذنين ونحوهم، كأن ما أرصده قائم على طريق حاجاتهم يراقبها، وإنما لم يكن وقفاً حقيقة لعدم ملك السلطان له، بل هو تعيين شيء من بيت المال على بعض مستحقيه، فلا يجوز لمن بعده أن يغيره ويبدله كما قدمنا ذلك مبسوطاً. قوله: (بصحة إجارة المقطع) تقدم آنفاً وذكرنا عبارة العلامة قاسم، والله سبحانه أعلم.

فصلٌ في الجزية[1]

هذا هو الضرب الثاني من الخراج، وقدم الأول لقوته لوجوبه: وإن أسلموا

---

(١) شرعت الذمة في الإسلام لما اشتملت عليه من فوائد كثيرة لعقد الصلات السلمية بين المسلمين =

لأنها جزت عن القتل، والجمع جزى كلحية ولحى، وهي نوعان (الموضوع من الجزية بصلح لا) يقدر ولا (يغير) تحرزاً عن الغدر

بخلاف الجزية، أو لأنه الحقيقة إذ هو المتبادر عند الإطلاق، ولا يطلق على الجزية إلا مقيداً: أي فيقال خراج الرأس، ومنه أماوة المجوز، وبنيت على فعلة دلالة على الهيئة التي هي الإذلال عند الإعطاء. نهر. وتسمى جالية من جلوت عن البلد بمعنى بالفتح والمد: خرجت، وأجليت مثله، والجالية: الجماعة، ومنه قيل لأهل الذمة الذين جلاهم عمر رضي الله عنه عن جزيرة العرب: الجالية، ثم نقلت الجالية إلى الجزية التي أخذت منهم، ثم استعملت في كل جزية تؤخذ. وإن لم يكن صاحبها أجلى عن وطنه فقيل: استعمل فلان على الجالية، والجمع الجوالي. مصباح. فإطلاقها على الجزية مجاز بمرتبتين؟. قوله: (لأنها جزت عن القتل) أي قضت وكفت عنه، فإذا قبلها سقط عنه القتل. بحر. أو لأنها وجبت عقوبة على الكفر كما في الهداية. قال في الفتح: ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد، وهو يقال على ثواب الطاعة وعقوبة المعصية. قوله: (والجمع جزى) وفي لغة الجزيات. مصباح. قوله: (لا يقدر ولا يغير)

— وغيرهم، وقد وضع الإسلام لها قواعد والية إذا روعيت نشأ عنها صلح دائم فيه الخصب والسلامة والأمن، فإذا عقد الحربي ذمة مع المسلمين أصبح آمناً على نفسه وولده وماله بعد أن كان دمه مهدراً، وولده سبياً، وماله مغنوماً، وعبده مسترقاً.

ومن فوائدها أنها تعطي الحربي فرصته للاتصال بالمسلمين يعرضون أمامه كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وتعاليم دينهم، ومحاسنه وآدابه، ورفعة رقة تكاليفه، وسهولتها فربما مال قلبه لدين الحق فآمن، وكان من التائبين، وقد دخل كثير من الناس في الإسلام عن هذا الطريق فهو في الواقع سبيل عملي من سبل الدعوة إلى الدين.

ثبتت مشروعية عقد الذمة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ ففي هذه الآية جعل الله غاية قتالهم إعطاءهم الجزية وقبولها.

وأما السنة: فما رواه الإمام أحمد عن المغيرة بن شعبة أنه قال لعامل كسرى من حديث طويل: أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية. وهذا الحديث يبين أن القتال غايته الإسلام أو إعطاء الجزية، وما رواه مسلم عن بريدة رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمّر أميراً على سرية أو جيش أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، وقال له: إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، ثم قال: فإن هم أبوا فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، وإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم. الحديث.

وهذا الحديث أيضاً يفيد أن رسول الله ﷺ كان يأمر أمراء الجيوش بدعوة الكفار إلى إعطاء الجزية، ويجعل قبولهم لها سبباً في رفع القتال.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز عقد الذمة مع الكفار في الجملة.

وشرع عقد الذمة في السنة الثامنة أو التاسعة من الهجرة.

(وما وضع بعد ما قهروا وأقروا على أملاكهم يقدر في كل سنة على فقير معتمل) يقدر على تحصيل النقدين بأي وجه كان. ينابيع. وتكفي صحته في أكثر السنة. هداية (اثنا عشر درهماً) في كل شهر درهم (وعلى وسط الحال ضعفه) في كل

أي لا يكون له تقدير من الشارع بل كل ما يقع الصلح عليه يتعين، ولا يغير بزيادة ولا نقص. درر. وذلك كما صالح عليه الصلاة والسلام أهل نجران، وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام، وصالح عمر رضي الله تعالى عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل واحد منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب، فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة. فتح. قوله: (وما وضع بعد ما قهروا الخ) هذا الوضع والتقدير لا يشترط فيه رضاهم كما في الفتح. قوله: (على فقير معتمل) ظاهره أن القدرة على العمل شرط في حق الفقير فقط لقوله الآتي «وفقير غير معتمل» وليس كذلك، بل هو شرط في حق الكل، ولهذا قال في البدائع وغيرها: لا يلزم الزمن منهم وإن كان مفرطاً في اليسار، وكذا لو مرض نصف السنة، كما في شرح الزيلعي، فلو حذف الفقير لكان أولى. بحر: أي لو حذفه من قوله الآتي: «فيمن لا يوضع عليه الجزية» وفقير غير معتمل بأن يقول وغير معتمل ليشمل الفقير وغيره، لا من قوله هنا «على فقير معتمل» كما فهمه في النهر، فاعترضه بأنه لو اقتصر على قوله: «ومعتمل» لما أفاد اشتراط القدرة على العمل في حق الغني، كيف وقد قابله اهـ.

قلت: الاعتمال: الاضطراب في العمل وهو الاكتساب، والمراد القدرة عليه حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت، كمن عطل الأرض، كما في الفتح. وقال: قيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضاً في نصف السنة فصاعداً لا يجب عليه شيء اهـ. وبه ظهر أن التقييد بالمعتمل هنا واقع في محله، وأن قوله الآتي: «لا توضع على زمن وأعمى وفقير غير معتمل» تصريح بمفهوم القيد هنا، وأن عطف الفقير والأعمى على الزمن عطف خاص على عام، لأن المراد بالزمن العاجز فلو اقتصر عليه لأغناه لشموله الفقير وغيره، وقد يقال: إن غير المعتمل أعم، لأنه يشمل ما إذا كان سالم الآلات صحيح البدن، لكنه لا يقدر على الكسب لخرقه وعدم معرفته حرفة يكتسب منها، وعلى هذا فتكون القدرة على العمل شرطاً في الفقير فقط، إذ لا شك أن غير الفقير توضع عليه إذا كان صحيحاً غير زمن، ولا أعمى، وإن لم يكن معتملاً بهذا المعنى المذكور فيتعين تفسير غير المعتمل بما ذكرنا ليندفع الاستدراك على عبارات المتون، ثم رأيت في القهستاني ما يؤيده حيث قال: وفيه إشارة إلى أن الفقير هو الذي يعمل بكسب يده في كل يوم، فلو فضل على قوته وقوت عياله أخذت منه، وإلا فلا، وإلى أن غيره من لا

شهر درهمان (وعلى المكثر ضعفه) في كل شهر أربعة دراهم. وهذا للتسهيل لا لبيان الوجوب، لأنه بأول الحول بداية (ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعداً: غني، ومن ملك مائتي درهم فصاعداً متوسط، ومن ملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئاً فقير) قاله الكرخي وهو أحسن الأقوال، وعليه الاعتماد. بحر. واعتبر أبو جعفر العرف، وهو الأصح. تاترخانية. ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة. فتح. لأنه موقت وجوب الأداء.

حاجة له إلى الكسب للنفقة في الحال. قوله: (وهذا للتسهيل الخ) الإشارة إلى قوله «في كل شهر درهم» وقوله: «في كل شهر درهمان» وقوله: «في كل شهر أربعة» وفي القهستاني عن المحيط: إنها تجب في أوله عندهم لأنها جزاء القتل، وبعقد الذمة يسقط الأصل، فوجب خلفه في الحال، إلا أنه يخاطب بأداء الكل عنده في آخر الحول تخفيفاً، وبأداء قسط شهرين عند أبي يوسف آخرهما، وقسط شهر عند محمد في آخره اهـ. ومثله في التاترخانية، فما ذكره الشارح تبعاً للهداية قول محمد.

والحاصل: أنها تجب في أول العام وجوباً موسعاً كالصلاة وإنما يجب الأداء في آخره أو في آخر كل شهرين أو شهر للتسهيل والتخفيف عليه. قوله: (واعتبر أبو جعفر العرف) حيث قال: ينظر إلى عادة كل بلد في ذلك؛ ألا ترى أن صاحب خمسين ألفاً ببلخ يعدّ من المكثرين، وفي البصرة وبغداد لا يعدّ مكثراً. وذكره عن أبي نصر محمد بن سلام. فتح. قوله: (وهو الأصح) صححه في الولوالجية أيضاً. قال في النهر المنتقى: والتصحيح في معرفة هؤلاء عرفهم، كما في الكرماني وهو المختار كما في الاختيار، وذكره القهستاني واعترف في المنح تبعاً للبحر بأنه: أي التحديد لم يذكر في ظاهر الرواية، ولا يخفى أن الأولى: أي اعتبار العرف أقرب لرأي صاحب المذهب، وأقره في الشرنبلالية. وفي شرح المجمع وغيره: وينبغي تفويضه للإمام. أي كما هو رأي الإمام، وفي التاترخانية: إنه الأصح فتبصر اهـ. يعني أن رأي الإمام أن المقدرات التي لم يرد بها نص لا تثبت بالرأي، بل تفوّض إلى رأي المبتلى كما قال في الماء الكثير وفي غسل النجاسة وغير ذلك. قوله: (ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة الخ) قال في البحر: وينبغي اعتبارها في أولها لأنه وقت الوجوب اهـ. ورده في النهر بأنهم اعتبروا وجودها في آخرها، لأنه وقت وجوب الأداء، ومن ثم قالوا: لو كان في أكثر السنة غنياً أخذ منه جزية الأغنياء، أو فقيراً أخذت منه جزية الفقراء، ولو اعتبر الأول لوجب إذا كان في أولها غنياً فقيراً في أكثرها أن يجب جزية الأغنياء وليس كذلك؛ نعم الأكثر كالكل اهـ. واعترضه محشي مسكين، بأن ما أورده على اعتبار الأول مشترك

نهر (وتوضع على كتابي) يدخل في اليهود السامرة لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام، وفي النصارى الفرنج والأرمن، وأما الصابئة ففي الخانية

الإلزام، إذ هو وارد أيضاً على اعتبار الآخر لاقتضائه وجوب جزية الأغنياء إذا كان غنياً في آخرها فقيراً في أكثرها اهـ.

قلت: وحاصله أنه إذا كان المعتبر الوصف الموجود في أكثر السنة فلا فرق بين كونه في أولها أو آخرها، وعلى هذا فمن اعتبر آخرها أراد إذا كان ذلك الوصف موجوداً في أكثرها، وعلى هذا فلا اعتبار لخصوص الأول أو الآخر، لكن سيذكر المصنف أن المعتبر في الأهلية وعدمها وقت الوضع، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع، حيث توضع عليه.

وحاصله على وجه يحصل به التوفيق بينه وبين اعتبار أكثر السنة: أن من كان من أهلها وقت الوضع وضعت عليه، وذلك بأن يكون حراً مكلفاً وإلا لم توضع عليه، وإن صار أهلاً بعده كما سيأتي، ومن كان أهلاً وقت الوضع لكن قام به عذر لم توضع عليه إلا إذا زال العذر بعده كالفقير إذا أيسر والمريض إذا صح، لكن بشرط أن يبقى من السنة أكثرها، وعلى هذا فيعتبر أول السنة لتعرف الأهل من غيره، وبعد تحقق الأهلية لا يعتبر أولها في حق تغير الأوصاف، بل يعتبر أكثرها فيه كما إذا كان مريضاً في أولها، فإن صح بعده وجبت، وإلا فلا، وكذا لو كان فقيراً غير معتمل، ثم صار فقيراً معتملاً أو متوسطاً أو غنياً في أكثرها، وعلى هذا يحمل ما في الولوالجية وغيرها من أن الفقير لو أيسر في آخر السنة أخذت منه اهـ: أي إذا أيسر أكثرها، وعلى هذا عكسه بأن كان غنياً في أولها فقيراً في آخرها اعتبر ما وجد في أكثرها، لكن ما مر من أنه يؤخذ في كل شهر قسط يؤخذ ممن كان غنياً في أولها شهرين مثلاً قسط شهرين دون الباقي لما في القهستاني عن المحيط، يسقط الباقي من جزية السنة إذا صار شيخاً كبيراً أو فقيراً أو مريضاً نصف سنة أو أكثرها اهـ. وأشار إلى أن ما نقص عن نصف سنة لا يجعل عذراً، ولذا قال في الفتح: إنما يوظف على المحتمل إذا كان صحيحاً في أكثر السنة، وإلا فلا جزية عليه، لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض، فلا يجعل القليل منه عذراً وهو ما نقص عن نصف العام اهـ. هذا ما ظهر لي في تحرير هذا المحل، والله تعالى أعلم. قوله: (وتوضع على كتابي) أي ولو عربياً. فتح. والكتابي من يعتقد ديناً سماوياً: أي منزلاً بكتاب كاليهود والنصارى. قوله: (السامرة) فاعل «يدخل» وهم فرقة من اليهود وتخالف اليهود في أكثر الأحكام، ومنهم السامري الذي وضع العجل وعبده مصباح. قوله: (والأرمن) نسبة على خلاف القياس إلى إرمينية بكسر الهمزة والميم بينهما راء ساكنة وبفتح الياء الثانية بعد النون وهي

تؤخذ منهم عنده، خلافاً لهما (ومجوسي) ولو عربياً لوضعه عليه الصلاة والسلام على مجوس هجر (ووثني عجمي) لجواز استرقاقه، فجاز ضرب الجزية عليه (لا) على وثني (عربي) لأن المعجزة في حقه أظهر فلم يعذر (ومرتد) فلا يقبل منهما إلا الإسلام أو السيف، ولو ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء،

ناحية بالروم كما في المصباح. قوله: (تؤخذ منهم عنده خلافاً لهما) أي بناء على أنهم من النصارى أو من اليهود، فهم من أهل الكتاب عنده. وعندهما يعبدون الكواكب، فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان، كما في الفتح والنهر.

قال ح. أقول: ظاهر كلامهم إن الصابئة من العرب، إذ لو كانوا من العجم لما تأتى الخلاف لما علمت أن العجمي تؤخذ منه الجزية ولو مشركاً اهـ.

قلت: ويؤيده ما نقله السائحاني عن البدائع من أنه عندهما تؤخذ منهم الجزية إذا كانوا من العجم لأنهم كعبدة الأوثان اهـ. قوله: (ومجوسي) من يعبد النار. فتح. قوله: (على مجوس هجر) بفتحتين. قال في الفتح بلدة في البحرين اهـ. وفي المصباح: وقد أطلقت على ناحية بلاد البحرين وعلى جميع الأقاليم، وهو المراد بالحديث اهـ. وفيه أيضاً البحران على لفظ التثنية موضع بين البصرة وعمان وهو من بلاد نجد. قوله: (ووثني عجمي) الوثن: ما كان منقوشاً في حائط ولا شخص له، والصنم: ما كان على صورة الإنسان، والصليب: ما لا نقش له ولا صورة، ولكنه يعبد. منح. عن السراج ومثله في البحر، لكن ذكر قبله الوثن: ما له جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت، والجمع أوثان، وكانت العرب تنصبها وتعبدها اهـ. وفي المصباح: الوثن الصنم، سواء كان من خشب أو حجر أو غيره اهـ. والعجمي خلاف العربي. قوله: (لجواز استرقاقه الخ) وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان، مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعاً لأصولهم في الكفر، فكانوا أتباعاً في حكمهم فكانت الجزية عن الرجل وأتباعه في المعنى إن كان له أتباع، وإلا فهي عنه خاصة. فتح. قوله: (لأن المعجزة في حقه أظهر) لأن القرآن نزل بلغتهم فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم. فتح. وأورد في النهر: أن هذا يشمل ما إذا كان كتابياً اهـ: أي فيخالف ما مر من أنها توضع عليه.

قلت: والجواب أنه وإن شمله، لكن خص بقوله تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [التوبة ٢٩] اهـ. ثم رأيته في الشرنبلالية. قوله: (فلا يقبل منهما) أي من العربي الوثني والمرتد إلا الإسلام، وإن لم يسلما قتلا بالسيف. وفي النهر المنتقى عن البرجندي أن نسبة القبول إلى السيف مسامحة. قوله: (ولو ظهرنا عليهم، فنساؤهم وصبيانهم فيء) لأن أبا بكر رضي الله تعالى عنه استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم لما

(وصبي وامرأة وعبد) ومكاتب ومدبر وابن أم ولد **(وزمن)** هو من به زمانة نقص بعض أعضائه أو تعطل قواه، فدخل المفلوج والشيخ العاجز **(وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط)** لأنه لا يقتل والجزية لإسقاطه، وجزم الحدادي بوجوبها.

يرتدون ويقسمهم بين الغانمين. هداية. قال في الفتح: إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق، بخلاف ذراري عبدة الأوثان: لا يجبرون اهـ: أي وكذا نساؤهم، والفرق أن ذراري المرتدين تبع لهم فيجبرون مثلهم، وكذا نساؤهم لسبق الإسلام منهن.

مَطْلَبٌ: الزِّنْدِيقُ إذَا أُخِذَ قَبْلَ التَّوْبَةِ يُقْتَلُ وَلَا تُؤْخَذُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ

تنبيه: قال في الفتح: قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر بأنه زنديق وتاب تقبل توبته، فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل، لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك، فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية اهـ. وسيأتي في باب المرتد أن هذا التفصيل هو المفتى به. وفي القهستاني: ولا توضع على المبتدع، ولا يسترق وإن كان كافراً، لكن يباح قتله إذا أظهر بدعته، ولم يرجع عن ذلك، وتقبل توبته. وقال بعضهم: لا تقبل توبة الإباحية والشيعة والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة. وقال بعضهم: إن تاب المبتدع قبل الأخذ والإظهار تقبل، وإن تاب بعدهما لا تقبل، كما هو قياس قول أبي حنيفة كما في التمهيد السالمي اهـ. قال في الدر المنتقى: واعتمد الأخير صاحب التنوير. قوله: (وصبي) ولا مجنون. فتح. قوله: (وامرأة) إلا نساء بني تغلب فإنها تؤخذ من نسائهم كما تؤخذ من رجالهم لوجوبه بالصلح كذلك، كما سيأتي. قوله: (وابن أم ولد) صورته: استولد جارية لها ولد قد ملكه معها فإن الولد يتبع أمه في الحرية والتدبير والاستيلاد.

تنبيه: قال في الدر المنتقى: سقط من نسخ النهاية لفظ الابن، وتبعه القهستاني، بل زاد وأمه، ولا ينبغي فإن من المعلوم أن لا جزية على النساء الأحرار، فكيف بأم الولد، وإنما المراد ابن أم الولد. قوله: (وفقير غير معتمل) تقدم الكلام عليه. قوله: (لأنه لا يقتل الخ) الأصل أن الجزية لإسقاط القتل فمن لا يجب قتله لا توضع عليه الجزية، إلا إذا أعانوا برأي أو مال فتجب الجزية كما في الاختيار وغيره. در منتقى، وقهستاني. قوله: (وجزم الحدادي بوجوبها) أي إذا قدر على العمل حيث قال: قوله ولا على الرهبان الذين لا يخالطون الناس: هذا محمول على أنهم إذا كانوا لا يقدرون على العمل، أما إذا كانوا يقدرون فعليهم الجزية، لأن القدرة فيهم موجودة، وهم الذين ضيعوها، فصار كتعطيل أرض الخراج اهـ. وبه جزم في الاختيار أيضاً كما في

ونقل ابن كمال أنه القياس ومفاده أن الاستحسان بخلافه، فتأمل (والمعتبر في الأهلية) للجزية (وعدمها وقت الوضع) فمن أفاق أو عتق أو بلغ أو برىء بعد وضع الإمام: لم توضع عليه (بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه) لأن سقوطها لعجزه وقد زال. اختيار (وهي) أي الجزية ليست رضا منا بكفرهم كما طعن الملحدة، بل إنما هي (عقوبة) لهم على إقامتهم (على الكفر) فإذا جاز إمهالهم للاستدعاء إلى الإيمان بدونها فبها أولى،

الشرنبلالية، قال في النهر: وجعله في الخانية ظاهر الرواية حيث قال، ويؤخذ من الرهبان والقسيسين في ظاهر الرواية، وعن محمد أنها لا يؤخذ اهـ. قوله: (ونقل ابن كمال أنه القياس) فيه نظر، لأنه قال في شرح قوله: «ولا على راهب لا يخالط» فأما الرهبان وأصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس فقال محمد: كان أبو حنيفة يقول يوضع الجزية إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف. قال عمرو بن أبي عمر: قلت لمحمد: فما قولك؟ قال: القياس ما قال أبو حنيفة، كذا في شرح القدوري للأقطع اهـ.

وبه علم أن هذا في المخالط على أن هذه الصيغة من محمد تفيد اختيار قول أبي حنيفة ولا تفيد أن مقابله هو الاستحسان الذي يقدم على القياس، ووجه كونه هو القياس أنا لو ظهرنا على دار الحرب لنا أن نقتل الراهب المخالط، بخلاف غير المخالط، وقد مر أن من لا يقتل لا توضع الجزية عليه، وهذا القياس هو مفهوم ما جرى عليه أصحاب المتون فيكون هو المذهب، وما مر عن الخانية يمكن حمله عليه، فلا يلزم أن يكون ظاهر الرواية، فافهم. قوله: (لم توضع عليه) لأن وقت الوجوب أول السنة عند وضع الإمام، فإن الإمام يجدد الوضع عند رأس كل سنة لتغير أحوالهم ببلوغ الصبي وعتق العبد وغيرهما فإذا احتلم وعتق العبد بعد الوضع فقد مضى وقت الوجوب، فلم يكونا أهلاً للوجوب، ولولوالجية. قوله: (بخلاف الفقير) أي غير المعتمل إذا أيسر فالمعتمل فإنها توضع عليه ط. قوله: (لأن سقوطها لعجزه) لأن الفقير أهل لوضع الجزية كما في الاختيار: أي لكونه حراً مكلفاً، لكنه معذور بالفقر، فإذا زال أخذت منه، لكن إن بقي من الحول أكثره على ما قدمنا تحريره. قوله: (كما طعن الملحدة) أي الطاعنين[1] في الدين، قال في المصباح: ألحد الرجل في الدين إلحاداً وألحد إلحاداً طعن. قوله: (إنما هي عقوبة لهم) ولأنها دعوة إلى الإسلام بأحسن الجهات، وهو أن يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الإسلام، فيسلم مع دفع شره في الحال: قهستاني. قوله: (فإذا جاز إمهالهم) أي تأخيرهم بلا جزية للاستدعاء إلى

---

(١) في ط (قوله أي الطاعنين) هكذا بخطه، ولعل الأصوب «الطاعنون» كما لا يخفى.

وقال تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ وأخذها عليه الصلاة والسلام من مجوس هجر ونصارى نجران وأقرهم على دينهم؛ ثم فرع عليه بقوله (فتسقط بالإسلام) ولو بعد تمام السنة، ويسقط المعجل لسنة لا لسنتين، فيرد عليه سنة. خلاصة (والموت والتكرار) للتداخل كما سيجيء (و) بـ(العمى والزمانة وصيرورته) فقيراً أو (مقعداً أو شيخاً كبيراً

الإيمان: أي لأجل دعائهم إليه بصحبتهم وقتالهم يدوم فيها أولى. أي فإمهالهم للاستدعاء إلى الإيمان بالجزية أولى، لأن مخالطتهم للمسلمين ورؤيتهم حسن سيرتهم تدعوهم إلى الإسلام كما علمت، فيحصل المقصود بلا قتال فيكون أولى، هذا ما ظهر لي في تقرير كلامه، وقد صرح أبو يوسف في كتاب الخراج بأنه لا يجوز ترك واحد بلا جزية، فعلم أن المراد ما قررناه، فتأمل. قوله: (تعالى إلخ) لا حاجة إلى سوق الدليل النقلي هنا، لأن الملحد معترض على مشروعية هذا الحكم من أصله. قوله: (ونصارى نجران) بلدة من بلاد همدان من اليمن. مصباح. وفي الفتح: روى أبو داود عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: صَالَحَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهْلَ نَجْرَانَ عَلَى أَلْفَي حُلَّةٍ: النِّصْفُ فِي صَفَرٍ، وَالنِّصْفُ فِي رَجَبٍ(١). قوله: (ثم فرع عليه) أي على كونها عقوبة على الكفر. قوله: (ولو بعد تمام السنة) يجب أن تحمل البعدية على المقارنة للتمام، لأنه لو أسلم بعد التمام بعدة فالسقوط بالتكرار قبل الإسلام، لا بالإسلام اهـ ح.

قلت: لكن تحقق التكرار بدخول السنة الثانية فيه خلاف كما تعرفه. قوله: (ويسقط المعجل) على تقدير مضاف، أي يسقط رده، فالسقوط هنا عن الإمام لا عنه، بخلاف الواقع في المتن. قوله: (فيرد عليه سنة) أي لو عجل لسنتين؛ لأنه أدى خراج السنة الثانية، قبل الوجوب، فيرد عليه؛ أما لو عجل لسنة في أولها فقد أدى خراجها بعد الوجوب. قال في الولوالجية: وهذا على قول من قال بوجوب الجزية في أول الحول كما نص عليه في الجامع الصغير، وعليه الفتوى. قوله: (والموت) أي ولو عند تمام السنة في قولهم جميعاً كما في الفتح. قوله: (والتكرار) أي بدخول السنة ولا يتوقف على مضيها في الأصح كما يأتي قريباً وسقوطها بالتكرار قول الإمام، وعندهما: لا تسقط كما في الفتح. قوله: (وبالعمى والزمانة إلخ) أي لو حدث شيء من ذلك، وقد بقي عليه شيء ثم يؤخذ كما في الولوالجية والخانية: أي لو بقي عليه شيء من أقساط الأشهر وكذا لو كان لم يدفع شيئاً، لكن قدمنا عن القهستاني عن المحيط تقييد سقوط الباقي بما إذا دامت هذه الأعذار نصف سنة فأكثر، ومثله ما ذكره الشارح أول الفصل

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٤١).

لا يستطيع العمل) ثم بين التكرار فقال **(وإذا اجتمع عليه حولان تداخلت، والأصح سقوط جزية السنة الأولى بدخول)** السنة **(الثانية)** زيلعي. لأن الوجوب بأول الحول بعكس خراج الأرض **(ويسقط الخراج بـ)** الموت في الأصح. حاوي وبـ **(بالتداخل)** كالجزية **(وقيل لا)** يسقط كالعشر، وينبغي ترجيح الأول لأن الخراج عقوبة، بخلاف العشر. بحر قال المصنف: وعزاه في الخانية لصاحب

عن الهداية فافهم. هذا وفي التترخانية قال في المنتقى قال أبو يوسف. إذا أغمي عليه أو أصابته زمانة وهو موسر أخذت منه الجزية، قال الإمام الحاكم أبو الفضل: على هذه الرواية يشترط للأخذ أهلية الوجوب في أول الحول، وعلى رواية الأصل شرطها من أوله إلى آخره اهـ. ملخصاً.

قلت: وحاصله أنه على رواية المنتقى يشترط وجود الأهلية في أوله فقط فلا يضر زوالها بعده، وعلى رواية الأصل يشترط عدم زوالها، وهو ما مشى عليه المصنف، وليس المراد عدم الزوال أصلاً، بل المراد أن لا يستمر العذر نصف سنة فأكثر، فلا ينافي ما مر، فتدبر. قوله: **(لا يستطيع العمل)** راجع لقوله. «فقيراً» وما بعده. قوله: **(والأصح إلخ)** وقيل لا بد من مضي الثانية ليتحقق الاجتماع. قوله **(بعكس خراج الأرض)** فإن وجوبه بآخر الحول لأن به يتحقق الانتفاع. قوله: **(ويسقط الخراج)** أي خراج الأرض. قوله: **(وقيل لا)** جزم به في المنتقى. قوله: **(بحر)** أقره في النهر أيضاً. قوله: **(وعزاه في الخانية)** حيث قال: فإن اجتمع الخراج فلم يؤد سنين عند أبي حنيفة يؤخذ بخراج هذه السنة، ولا يؤخذ بخراج السنة الأولى، ويسقط ذلك عنه كما قال في الجزية، ومنهم من قال: لا يسقط الخراج بالإجماع، بخلاف الجزية، وهذا إذا عجز عن الزراعة فإذا لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل اهـ.

قلت: وقد ترك المصنف والشارح هذا القيد وهو العجز عن الزراعة: أي في السنة الأولى، وعلى هذا فلا محل لذكر الخراج هنا، لأنه لا يجب إلا بالتمكن من الزراعة، فإذا لم يجب لا يقال إنه سقط، ويظهر أن الخلاف المذكور لفظي يحمل القول الأول على ما إذا عجز، والثاني على ما إذا لم يعجز، إذ لا يتأتى الوجوب مع العجز كما مر في الباب السابق، ولذا قال: فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل، وعلى هذا فلم يبق في المسألة قولان، لكنه خلاف الظاهر من كلامهم. فإن الخلاف محكي في كثير من الكتب، وقد علمت أنه لا يتأتى الخلاف مع العجز، فالظاهر أن الخلاف عند عدمه، وعليه فالمناسب إسقاط هذا القيد، ولذا ذكر في الخانية هذه في المسألة باب العشر بدونه، ولم يذكر أيضاً القول الثاني، فاقتضى كلامه اعتماد قول الإمام. إنه

المذهب فكان هو المذهب، وفيها: لا يحل أكل الغلة حتى يؤدي الخراج (ولا تقبل من الذمي لو بعثها على يد نائبه) في الأصح (بل يكلف أن يأتي بنفسه، فيعطيها قائماً، والقابض منه قاعد) هداية. ويقول: أعط يا عدو الله، ويصفعه في عنقه، لا يا كافر، ويأثم القائل إذا آذاه به.

لا يؤخذ بخراج السنة الأولى، لكن في الهندية عن المحيط ذكر صدر الإسلام عن أبي حنيفة روايتين، والصحيح أنه يؤخذ اهـ.

وجزم به في الملتقى كما قدمنا، وبه ظهر أن كلاً من القولين مروي عن صاحب المذهب، والمصرح بتصحيحه عدم السقوط، فكان هو المعتمد؛ ولذا جزم به في متن الملتقى، وذكر في العناية الفرق بينه وبين الجزية بأن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة، ولهذا لو اشترى مسلم أرضاً خراجية لزمه خراجها، فجاز أن لا يتداخل، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء والعقوبات تتداخل اهـ. وبه اندفع ما في البحر. قوله: (وفيها الخ) أي في الخانية، وعلى ذكر هذه المسألة الباب السابق، وقد ذكرها في باب العشر وقدمنا الكلام عليها. قوله: (في الأصح) أي من الروايات، لأن قبولها من النائب يفوت المأمور به من إذلاله عند الإعطاء، قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة ٢٩] فتح. قوله: (والقابض منه قاعد) وتكون يد المؤدي أسفل ويد القابض أعلى. هندية. قوله: (ويقول الخ) هذا في الهداية أيضاً، لكن لم يجزم به كما فعله الشارح، بل قال: وفي رواية: يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول: أعط الجزية يا ذمي اهـ. ومفاده عدم اعتمادها، وفي غاية البيان والتلبيب بالفتح: ما على موضع اللبب من الثياب، واللبب: موضع القلادة من الصدر. قوله: (يا عدو الله) كذا في غاية البيان، والذي في الهداية والفتح والتبيين «يا ذمي». قوله: (ويصفعه في عنقه) الصفع أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع، بل يقال ضربه بجمع مصباح. وما ذكره من الصفع نقله في التاترخانية، ونقله أيضاً في النهر عن شرح الطحاوي، وقد حكاه بعضهم بقيل. قوله: (لا يا كافر) مفادة المنع من قول يا عدو الله، بل ومن الأخذ بالتلبيب والهز والصفع، إذ لا شك بأنه يؤذيه، ولهذا رد بعض المحققين من الشافعية ذلك بأنه لا أصل له في السنة ولا فعله أحد من الخلفاء الراشدين. قوله: (ويأثم القائل إن آذاه به) مقتضاه أنه يعزر لارتكاب الإثم. بحر. وأقره المصنف، لكن نظر فيه في النهر.

قلت: ولعل وجه ما مر في يا فاسق من أنه هو الذي ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل. أفاده الشارح في التعزير ط.

قلت: لكن ذكرنا الفرق هناك، فافهم.

قنية (ولا) يجوز أن (يحدث بيعة، ولا كنيسة ولا صومعة، ولا بيت نار، ولا مقبرة) ولا صنماً. حاوي (في دار الإسلام) ولو قرية في المختار. فتح

مَطْلَبٌ فِي أَحْكَامِ الْكَنَائِسِ وَالْبِيَعِ

قوله: (ولا يجوز أن يحدث) بضم الياء وكسر الدال وفاعله «الكافر» ومفعوله «بيعة» كما يقتضيه قول الشارح، ولا صنماً. وفي نسخة «ولا يحدثوا» أي أهل الذمة اهـ. ح. ومن الإحداث نقلها إلى غير موضعها كما في البحر وغيره. ط. قوله: (بيعة) بالكسر معبد النصارى واليهود، كذلك الكنيسة، إلا أنه غلب البيعة على معبد النصارى، والكنيسة على اليهود. قهستاني. وفي النهر وغيره: وأهل مصر يطلقون الكنيسة على متعبدهما، ويخصان اسم الدير بمعبد النصارى.

قلت: وكذا أهل الشام. در منتقى. والصومعة بيت يبنى برأس طويل ليتعبد فيه بالانقطاع عن الناس بحر. قوله: (ولا مقبرة) عزاه المصنف إلى الخلاصة، ثم ذكر ما يخالفه عن جواهر الفتاوى، ثم قال: والظاهر الأول، ومن ثم عوّلنا عليه في المختصر.

مَطْلَبٌ: لَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ كَنِيسَةٍ فِي الْقُرَى، وَمَنْ أَفْتَى بِالْجَوَازِ فَهُوَ مُخْطِئٌ، وَيُحْجَرُ عَلَيْهِ

قوله: (ولو قرية في المختار) نقل تصحيحه في الفتح عن شرح شمس الأئمة السرخسي في الإجارات، ثم قال: إنه المختار، وفي الوهبانية: إنه الصحيح من المذهب الذي عليه المحققون، إلى أن قال: فقد علم أنه لا يحل الإفتاء بالإحداث في القرى لأحد من أهل زماننا بعدما ذكرنا من التصحيح، والاختيار للفتوى وأخذ عامة المشايخ، ولا يلتفت إلى فتوى من أفتى بما يخالف هذا، ولا يحل العمل به ولا الأخذ بفتواه، ويحجر عليه في الفتوى، ويمنع، لأن ذلك منه مجرد اتباع هوى النفس، وهو حرام، لأنه ليس له قوة الترجيح، لو كان الكلام مطلقاً، فكيف مع وجود النقل بالترجيح والفتوى، فتنبه لذلك، والله الموفق.

مَطْلَبٌ: تُهْدَمُ الْكَنَائِسُ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ وَلَا يُمَكَّنُونَ مِنْ سُكْنَاهَا

قال في النهر: والخلاف في غير جزيرة العرب، أما هي فيمنعون من قراها أيضاً لخبر «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب» اهـ.

قلت: الكلام في الإحداث مع أن أرض العرب لا تقرّ فيها كنيسة ولو قديمة فضلاً عن إحداثها، لأنهم لا يمكنون من السكنى بها للحديث المذكور، كما يأتي، وقد بسطه في الفتح وشرح السير الكبير، وتقدم تحديد جزيرة العرب أول الباب المار.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ أَنَّ الْأَمْصَارَ ثَلَاثَةٌ، وَبَيَانِ إِحْدَاثِ الْكَنَائِسِ فِيهَا

تنبيه: في الفتح: قيل الأمصار ثلاثة: ما مصره المسلمون: كالكوفة، والبصرة

(ويعاد المنهدم) أي لا ما هدمه الإمام، بل ما انهدم. أشباه: في آخر الدعاء برفع

وبغداد، وواسط، ولا يجوز فيه إحداث ذلك إجماعاً. وما فتحه المسلمون عنوة فهو كذلك، وما فتحوه صلحاً، فإن وقع على أن الأرض لهم جاز الإحداث، وإلا فلا إلا إذا شرطوا الإحداث اهـ. ملخصاً. وعليه فقوله: ولا يجوز أن يحدثوا، مقيد بما إذا لم يقع الصلح على أن الأرض لهم أو على الإحداث، لكن ظاهر الرواية أنه لا استثناء فيه كما في البحر والنهر.

قلت: لكن إذا صالحهم على أن الأرض لهم فلهم الإحداث، لا إذا صار مصراً للمسلمين بعد: فإنهم يمنعون من الإحداث بعد ذلك، ثم لو تحوّل المسلمون من ذلك المصر إلا نفراً يسيراً فلهم الإحداث أيضاً، فلو رجع المسلمون إليه لم يهدموا ما أحدث قبل عودهم كما في شرح السير الكبير، وكذا قوله: وما فتح عنوة فهو كذلك، ليس على إطلاقه أيضاً بل هو فيما قسم بين الغانمين أو صار مصراً للمسلمين، فقد صرح في شرح السير بأنه لو ظهر على أرضهم وجعلهم ذمة لا يمنعون من إحداث كنيسة، لأن المنع مختص بأمصار المسلمين التي تقام فيها الجمع والحدود، فلو صارت مصراً للمسلمين منعوا من الإحداث، ولا تترك لهم الكنائس القديمة أيضاً، كما لو قسمها بين الغانمين لكن لا تهدم، بل يجعلها مساكن لهم، لأنها مملوكة لهم، بخلاف ما صالحهم عليها قبل الظهور عليهم، فإنه يترك لهم القديمة ويمنعهم من الإحداث بعدما صارت من أمصار المسلمين اهـ. ملخصاً.

مَطْلَبٌ: لَوِ اخْتَلَفْنَا مَعَهُمْ فِي أَنَّهَا صُلْحِيَّةٌ أَوْ عَنْوِيَّةٌ فَإِنْ وُجِدَ أَثَرٌ وَإِلَّا تُرِكَتْ بِأَيْدِيهِمْ

تتمة: لو كانت لهم كنيسة في مصر فادعوا أن صالحناهم على أرضهم، وقال المسلمون: بل فتحت عنوة، وأراد منعهم من الصلاة فيها وجهل الحال لطول العهد سأل الإمام الفقهاء وأصحاب الأخبار، فإن وجد أثراً عمل به، فإن لم يجد أو اختلفت الآثار جعلها أرض صلح، وجعل القول فيها لأهلها، لأنها في أيديهم وهم متمسكون بالأصل، وتمامه في شرح السير. قوله: (ويعاد المنهدم) هذا في القديمة التي صالحناهم على إبقائها قبل الظهور عليهم. قال في الهداية: لأن الأبنية لا تبقى دائماً، ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها، لأنه إحداث في الحقيقة اهـ.

مَطْلَبٌ: إِذَا هُدِمَتِ الْكَنِيسَةُ وَلَوْ بِغَيْرِ وَجْهٍ لَا تَجُوزُ إِعَادَتُهَا

قوله: (أشباه) حيث قال في فائدة نقل السبكي: الإجماع على أن الكنيسة إذا

هدمت ولو بغير وجه لا يجوز إعادتها. ذكره السيوطي في حسن المحاضرة.

قلت: يستنبط منه أنها إذا قفلت لا تفتح ولو بغير وجه، كما وقع ذلك في عصرنا بالقاهرة في كنيسة بحارة زويلة قفلها الشيخ محمد بن إلياس قاضي القضاة، فلم تفتح إلى الآن حتى ورد الأمر السلطاني بفتحها، فلم يتجاسر حاكم على فتحها، ولا ينافي ما نقله السبكي قول أصحابنا: يعاد المتهدم، لأن الكلام فيما هدمه الإمام لا فيما تهدم، فليتأمل اهـ.

قال الخير الرملي في حواشي البحر أقول: كلام السبكي عامّ فيما هدمه الإمام وغيره، وفي كلام الأشباه يخص الأول. والذي يظهر ترجيحه العموم لأن العلة فيما يظهر أن في إعادتها بعد هدم المسلمين استخفافاً بهم وبالإسلام، وإخماداً لهم وكسراً لشوكتهم، ونصراً للكفر وأهله، غاية الأمر أن فيه افتياتاً على الإمام فيلزم فاعله التعزير، كما إذا أدخل الحربي بغير إذن يصح أمانه ويعزر لافتياته، بخلاف ما إذا هدموها بأنفسهم فإنها تعاد كما صرح به علماء الشافعية، وقواعدنا لا تأباه لعدم العلة التي ذكرناها فيستثنى من عموم كلام السبكي اهـ.

مَطْلَبٌ: لَيْسَ المُرَادُ مِنْ إِعَادَةِ المُتَهَدِّمِ أَنَّهُ جَائِزٌ نَأْمُرُهُمْ بِهِ بَلِ المُرَادُ نَتْرُكُهُمْ وَمَا يَدِينُونَ

تنبيه: ذكر الشرنبلالي في رسالة في أحكام الكنائس عن الإمام السبكي أن معنى قولهم لا نمنعهم من الترميم ليس المراد أنه جائز نأمرهم به، بل بمعنى نتركهم وما يدينون، فهو من جملة المعاصي التي يقرون عليها كشرب الخمر ونحوه، ولا نقول: إن ذلك جائز لهم، فلا يحل للسلطان ولا للقاضي أن يقول لهم افعلوا ذلك ولا أن يعينهم عليه، ولا يحل لأحد من المسلمين أن يعمل لهم فيه، ولا يخفى ظهوره وموافقته لقواعدنا.

مَطْلَبٌ: لَمْ يَكُنْ مِنَ الصَّحَابَةِ صُلْحٌ مَعَ اليَهُودِ

ثم نقل عن السراج البلقيني في كتبة اليهود ما حاصله: أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عند فتح النواحي لم يكن منهم صلح مع اليهود أصلاً اهـ.

قلت: وهذا ظاهر، فإن البلاد كانت بيد النصارى، ولم تزل اليهود مضروبة عليهم الذلة؛ ثم رأيت في حاشية شيخ مشايخنا الرحمتي كتب عند قول الشارح في خطبة الإمام بجامع بني أمية ما نصه: ثم نقض أهل الذمة عهدهم في وقعة التتار وقاتلوا مع أخزهم، فكنائسهم الآن موضوعة بغير حق اهـ.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ: حَادِثَةُ الْفَتْوَى فِي أَخْذِ النَّصَارَى كَنِيسَةً مَهْجُورَةً لِلْيَهُودِ

ويؤخذ من هذا حكم حادثة الفتوى الواقعة في عام ثمانية وأربعين بعد المائتين والألف قريباً من كتابتي لهذا المحل، وهي أن كنيسة لفرقة من اليهود تسمى اليهود القرايين مهجورة من قديم لفقد هذه الفرقة وانقطاعهم في دمشق، فحضر يهودي غريب مر من هذه الفرقة إلى دمشق، فدفع له النصارى دراهم معلومة، وأذن لهم في بنائها، وأن يجعلوها معبداً لهم، وصدق لهم على ذلك جماعة من اليهود لقوة شوكة النصارى في ذلك الوقت، وبلغني أن الكنيسة المذكورة في داخل حارة لليهود مشتملة على دور عديدة، وأن مراد النصارى شراء الحارة المذكورة وإدخالها للكنيسة، وطلبوا فتوى على صحة ذلك الإذن، وعلى كونها صارت معبداً للنصارى، فامتنعت من الكتابة.

مَطْلَبٌ فِيمَا أَفْتَى بِهِ بَعْضُ الْمُتَهَوِّرِينَ فِي زَمَانِنَا

وقلت: إن ذلك غير جائز، فكتب لهم بعض المتهورين طمعاً في عرض الدنيا أن ذلك صحيح جائز. فقويت بذلك شوكتهم، وعرضوا ذلك على ولي الأمر ليأذن لهم بذلك حيث وافق غرضهم الحكم الشرعي، بناء على ما أفتاهم به ذلك المفتي، ولا أدري[١] ما يؤول إليه الأمر وإلى الله المشتكى.

ومستندي فيما قلته أمور: منها ما علمته من أن اليهود لا عهد لهم، فالظاهر أن كنائسهم القديمة أقرت مساكن لا معابد، لتبقى كما أبقيت عليه، وما علمته أيضاً من أن أهل الذمة نقضوا عهدهم لقتالهم المسلمين مع التتار الكفار فلم يبق لهم عهد في كنائسهم، فهي موضوعة الآن بغير حق، ويأتي قريباً عند قوله: «وَسَبَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» أن عهد أهل الذمة في الشام مشروط بأن لا يحدثوا بيعة، ولا كنيسة، ولا يشتموا مسلماً، ولا يضربوه، وأنهم إن خالفوا فلا ذمة لهم.

ومنها: أن هذه كنيسة مهجورة انقطع أهلها وتعطلت عن الكفر فيها، فلا تجوز الإعانة على تجديد الكفر فيها، وهذا إعانة على ذلك بالقدر الممكن حيث تعطلت عن كفر أهلها.

وقد نقل الشرنبلالي في رسالته عن الإمام القرافي: أنه أفتى بأنه لا يعاد ما انهدم من الكنائس، وأن من ساعد على ذلك فهو راض بالكفر، والرضا بالكفر كفر اهـ. فنعوذ بالله من سوء المنقلب.

---

(١) في ط (قوله ولا أدري الخ) قلت: آل الأمر بعد مدة إلى أن شرعوا في عمارتها على أحسن ما أرادوا مع غصب أماكن حولها أخلوها من المسلمين قهراً ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

الطاعون (من غير زيادة على البناء الأول) ولا يعدل عن النقض الأول إن كفى، وتمامه في شرح الوهبانية.

ومنها: أن عداوة اليهود للنصارى أشد من عداوتهم لنا، وهذا الرضا والتصديق ناشىء عن خوفهم من النصارى لقوة شوكتهم كما ذكرناه.

ومنها: أنها إذا كانت معبدة لفرقة خاصة ليس لرجل من أهل تلك الفرقة أن يصرفها إلى جهة أخرى، وإن كان الكفر ملة واحدة عندنا كمدرسة موقوفة على الحنفية مثلاً لا يملك أحد أن يجعلها لأهل مذهب آخر وإن اتحدت الملة.

ومنها: أن الصلح العمري الواقع حين الفتح مع النصارى إنما وقع على إبقاء معابدهم التي كانت لهم إذ ذاك، ومن جملة الصلح معهم كما علمته آنفاً أن لا يحدثوا كنيسة ولا صومعة، وهذا إحداث كنيسة لم تكن لهم بلا شك، واتفقت مذاهب الأئمة الأربعة على أنهم يمنعون عن الإحداث كما بسطه الشرنبلالي بنقله نصوص أئمة المذاهب، ولا يلزم من الإحداث أن يكون بناء حادثاً، لأنه نص في شرح السير وغيره على أنه لو أرادوا أن يتخذوا بيتاً لهم معداً للسكنى كنيسة يجتمعون فيه يمنعون منه، لأن فيه معارضة للمسلمين وازدراء بالدين اهـ: أي لأنه زيادة معبد لهم عارضوا به معابد المسلمين، وهذه الكنيسة كذلك جعلوها معبداً لهم حادثاً، فما أفتى به ذلك المسكين خالف فيه إجماع المسلمين. وهذا كله مع قطع النظر عما قصدوه من عمارتها بأنقاض جديدة وزيادتهم فيها، فإنها لو كانت كنيسة لهم يمنعون من ذلك بإجماع أئمة الدين أيضاً، ولا شك أن من أفتاهم وساعدهم وقوّى شوكتهم يخشى عليه سوء الخاتمة والعياذ بالله تعالى. قوله: (عن النقض) بالضم ما انتقض من البنيان، قاموس. قوله: (وتمامه في شرح الوهبانية) ذكر عبارته في النهر حيث قال: قال في عقد الفرائد: وهذا: أي قولهم: «من غير زيادة» يفيد أنهم لا يبنون ما كان باللبن بالآجر، ولا ما كان بالآجر بالحجر، ولا ما كان بالجريد وخشب النخل بالنقي والساج، ولا بياض لم يكن: قال: ولم أجد في شيء من الكتب المعتمدة أن لا تعاد إلا بالنقض الأول، وكون ذلك مفهوم الإعادة شرعاً ولغة غير ظاهر عندي، على أنه وقع في عبارة عمدة: يبنونها. وفي إجارة الخانية: يعمروا وليس فيها ما يشعر باشتراط النقض الأول.

مَطْلَبٌ فِي كَيْفِيَّةِ إِعَادَةِ الْمُنْهَدِمِ مِنَ الْكَنَائِسِ

وفي الحاوي القدسي: وإذا انهدمت البيع والكنائس لذوي الصلح إعادتها باللبن والطين إلى مقدار ما كان قبل ذلك، ولا يزيدون عليه، ولا يشيدونها بالحجر والشيد والآجر، وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بنى منها فوق ما كان في القديم خربها، وكذا ما زاد في عمارتها العتيقة اهـ. ومقتضى النظر أن النقض الأول حيث وجد كافياً

وأما القديمة فتترك مسكناً في الفتحية؛ ومعبداً في الصلحية. بحر. خلافاً لما في القهستاني. تنبيه (ويميز الذمي عنا في زيه) بالكسر: لباسه وهيئته

للبناء الأول لا يعدل عنه إلى آلة جديدة، إذ لا شك في زيادة الثاني على الأول حينئذ اهـ. قوله: (وأما القديمة إلخ) مقابل قوله: «ولا يحدث بيعة ولا كنيسة» وكان الأولى ذكره قبل قوله: «ويعاد المنهدم» لأن إعادة المنهدم إنما هي في القديمة دون الحادثة. قوله: (في الفتحية) أراد بها المفتوحة عنوة بقرينة مقابلتها بالصلحية. قوله: (بحر) عبارته: قال في فتح القدير: واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها، وأما في الأمصار فاختلف كلام محمد، فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة، وذكر في الإجارة لا تهدم، وعمل الناس على هذا، فإنا رأينا كثيراً منها توالت عليها أئمة وأزمان وهي باقية لم يأمر إمام بهدمها، فكان متوارثاً من عهد الصحابة، وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع داخل السور ينبغي أن لا يهدم، لأنه كان مستحقاً للأمان قبل وضع السور، فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك، فإنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور، ثم فيها الآن كنائس ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهاراً، وعلى هذا أيضاً فالكنائس الموضوعة الآن في دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم لأنها إن كانت في الأمصار قديمة، فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها، وبعد ذلك ينظر: فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب، وإن عرف أنها فتحت صلحاً حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار اهـ.

قلت: وقوله: «فوقع داخل السور ينبغي أن لا يهدم» ظاهره أنه لم يره منقولاً، وقد صرح به في الذخيرة وشرح السير، وقوله: وبعد ذلك ينظر إلخ، قدمنا ما لو اختلف في أنها فتحية أو صلحية ولم يعلم من الآثار والأخبار تبقى في أيديهم. قوله: (خلافاً لما في القهستاني) أي عن التتمة من أنها في الصلحية تهدم في المواضع كلها في جميع الروايات.

مطلب في تمييز أهل الذمة[1] في الملبس

قوله: (ويميز الذمي إلخ) حاصله: أنهم لما كانوا مخالطين أهل الإسلام فلا بد من

---

(١) يطلق الفقهاء «أهل الذمة» على صنف منهم لكونهم صالحوا المسلمين على شروط خاصة منها قبولهم الجزية، ودخولهم تحت طاعة المسلمين وخضوعهم لأحكام الإسلام فيما يمكن جريانه عليهم.
والأصل في عقد الذمة قوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾، =

ومركبه وسرجه وسلاحه (فلا يركب خيلاً)

تمييزهم عنا كي لا يعامل معاملة المسلم من التوقير والإجلال، وذلك لا يجوز، وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف فيصلى عليه، وإذا وجب التمييز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز، لأن إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه، بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة، فتح. قوله: (ومركبه) مخالفة الهيئة فيه إنما تكون إذا ركبوا من جانب واحد، وغالب ظني أني سمعته من الشيخ الأخ كذلك. بحر.

قلت: وهو كذلك، ففي رسالة العلامة قاسم في الكنائس، وقد كتب عمر إلى أمراء الأجناد أن يختموا أهل الذمة بالرصاص ويركبوا على الأكف عرضاً. قوله: (وسلاحه) تبع فيه الدرر، وهو مناف لقوله تبعاً لغيره من أصحاب المتون، ولا يعمل

= وقد أعطى الرسول صلوات الله عليه الذمة كما أعطاها الخلفاء من بعده، فظلت بذلك عهود الخلفاء وأمراء الجيش، وذلك حرصاً على تحقيق العدالة مع هؤلاء الذين تبنوا الدخول في طاعته، والاختلاط بجماعته واشعارهم بالأمن والطمأنينة على حياتهم وأموالهم.

وإذا ما رجعنا إلى العهود المعطاة لأهل الكتاب من الرسول وخلفائه، وإلى أقوال الصحابة استخلصنا الأسس التشريعية الخاصة بأهل الذمة، نورد أهمها فيما يأتي:

فقد أعطى الإسلام لهم حرية التفكير والاعتقاد، فأباح إقامة شعائرهم، وإعلان طقوسهم في معابدهم وكنائسهم والجهر بما في أحوالهم وعاداتهم، وأقرهم على أحكام دينهم فيما ينشأ بينهم من معاملات ما لم يترافعوا إلينا فيجري عليهم حكمنا.

كذلك حقق الإسلام لهم الانتصاف الكامل ممن قد يقع منه ضرر في نفس أو مال حتى ولو كان المعتدي مسلماً، فأوجب القصاص عند الاعتداء على النفس عمداً، وأوجب الدية في الخطأ، وضمان المال أو رده عند الإتلاف أو الغصب، كما كفل لهم حمايتهم من الاعتداء الخارجي حتى ألزم الإمام شرعاً أن ينقذ من أسر منهم، وعند العجز ترد الجزية إليهم لأنهم ما دفعوها إلا لذلك، يدل لذلك ما كتب أهل ذمة الطرف لأمراء المسلمين بما فعله أبو عبيدة إذ رد الجزية التي عقدناها عليهم، علاوة على أن حمايتهم وتأمينهم يلزم من المسلمين وغيرهم.

أيضاً منحهم الإسلام حق السكنى والإقامة في أي بلاد المسلمين شاؤوا خلا الحجاز والجزيرة العربية بصفة عامة، كما أباح تزوج المسلمين نساءهم، وأكل ذبائحهم وطعامهم، وصحح توارثهم فيما بينهم، وقبل شهادتهم على المسلمين عند الضرورة، وخاطبهم بالمعاملات، لكنه مع هذا قيدهم بقيود، وأوجب عليهم واجبات منها عدم موالاة أحد من أعداء الإسلام، وعدم الخروج من دار الإسلام إلى دار الحرب إلا لحاجة ملحة، ولمدة معينة حتى لا يكونوا عيناً للأعداء، أو يظهروا مواطن الضعف في المسلمين بعد معرفتهم لها مدة إقامتهم ببلاد الإسلام، كما طالبهم بالمحافظة على كيان المجتمع الإسلامي الذي يعيشون فيه، ورد الأذى عنه، ورعاية النظم، وحفظ الأمن في الداخل والخارج، كما قيدهم بعدم محاولة التأثير على مسلم ليتحول عن دينه، وعدم محاولة من نفى رد الدخول في الإسلام، وحظر عليهم إعلان المنكر بأي صورة من الصور أو إحداث البيع والكنائس في غير المواضع التي أقروا بإقامتهم فيها، أو صولحوا على إنشائها فيها.

وصفوة القول أن الإسلام ميز أهل الكتاب عن المشركين بميزات كثيرة حتى ليمكننا أن نقول: إنهم لم يختلفوا عن المسلمين إلا في بعض تشريعات أريد بها المحافظة على العقيدة الإسلامية ورعاية الجماعة الإسلامية من تسلط غيرها عليها، إبقاء على العزة الإسلامية التي جعلها الله لهم «ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين».

إلا إذا استعان بهم الإمام لمحاربة وذبّ عنا. ذخيرة. وجاز بغل كحمار. تاترخانية. وفي الفتح: وهذا عند المتقدمين، واختار المتأخرون: أنه لا يركب أصلاً إلا لضرورة. وفي الأشباه: والمعتمد أن لا يركبوا مطلقاً ولا يلبسوا العمائم، وإن ركب الحمار لضرورة نزل في المجامع (ويركب سرجاً كالأكف) كالبرذعة في مقدمة شبه الرمانة (ولا يعمل بسلاح ويظهر الكستيج) فارسي معرب. الزنار من صوف أو شعر، وهل يلزم تمييزهم بكل العلامات. خلاف

سلاح إلا أن يحمل على ما إذا استعان بهم الإمام، أو المراد من تمييزه في سلاحه بأن لا يحمل سلاحاً، وهو بعيد. تأمل. قوله: (إلا إذا استعان بهم الإمام الخ) لكنه يركب في هذه الحالة بإكاف لا سرج، كما قال بعضهم. نهر. قوله: (وذب) بالذال المعجمة. أي دفع وطرد العدو. قوله: (وجاز بغل) أي إن لم يكن فيه عز وشرف، وتمامه في شرح الوهبانية. قوله: (وهذا) أي جواز ركوبه لبغل أو حمار، وكان ينبغي تأخير هذه الجملة كلها عن قوله: «ويركب سرجاً كالأكف». قوله: (إلا لضرورة) كما إذا خرج إلى قرية أو كان مريضاً. فتح. قوله: (والمعتمد أن لا يركبوا) كتب بعضهم هنا أن الصواب «يركبون» بالنون، كما هو عبارة الأشباه لعدم الناصب والجازم، وأن مخففة من الثقيلة واسمها ضمير الشأن. أقول: هذا التصويب خطأ محض، لأن المخففة من الثقيلة التي لا تنصب المضارع شرطها أن تقع بعد فعل اليقين أو ما ينزل منزلته نحو: ﴿علم أن سيكون﴾ [المزمل ٢٠] ﴿أفلا يرون أن لا يرجع﴾ وهذه ليست كذلك بل هي المصدرية الناصبة نحو: ﴿وأن تصوموا خير لكم﴾ [البقرة ١٨٤]. قوله: (مطلقاً) أي ولو حماراً. قوله: (في المجامع) أي في مجامع المسلمين إذا مر بهم. فتح. قوله: (كالأكف) بضمتين جمع إكاف مثل حمار وحمر. مصباح. فكان الأولى التعبير بالإكاف المفرد. قوله: (كالبرذعة) بدل من قوله: «كالأكف» قال في المصباح: البرذعة بالذال والدال: حلس يجعل تحت الرحل، والجمع البراذع، هذا هو الأصل. وفي عرف زماننا هي للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس اهـ. فالمراد هنا المعنى العرفي لا اللغوي. قوله: (ولا يعمل بسلاح) أي لا يستعمله، ولا يحمله لأنه عز، وكل ما كان كذلك يمنعون عنه.

قلت. ومن هذا الأصل تعرف أحكام كثيرة. در منتقى. قوله: (ويظهر الكستيج) بضم الكاف وبالجيم كما في القهستاني: فارسي معرب معناه: العجز والذل كما في النهر، فيشمل القلنسوة والزنار والنعل لوجود الذل فيها، ولقوله في البحر: وكستيجات النصارى قلنسوة سوداء من اللبد مضربة وزنار من الصوف اهـ. فتعبيره بخصوص الزنار بيان لبعض أنواعه اهـ. ح. قوله: (الزنار) بوزن تفاح وجمعه زنانير. مصباح. وفي البحر عن المغرب أنه خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذمي فوق ثيابه.

أشباه. والصحيح إن فتحها عنوة فله ذلك، وإلا فعلى الشرط. تاترخانية (ويمنع من لبس العمامة) ولو زرقاء أو صفراء على الصواب. نهر. ونحوه في البحر، واعتمده في الأشباه كما قدمناه، وإنما تكون طويلة سوداء (و) من (زنار الإبريسم والثياب الفاخرة المختصة بأهل العلم والشرف) كصوف مربع وجوخ رفيع وأبراد رقيقة ومن استكتاب ومباشرة يكون بها معظماً عند المسلمين، وتمامه في الفتح.

قال القهستاني: وينبغي أن يكون من الصوف أو الشعر، وأن لا يجعل له حلقة تشده كما يشد المسلم المنطقة، بل يعلقه على اليمين أو الشمال كما في المحيط. قوله: (ولو زرقاء أو صفراء) أي خلافاً لما في الفتح من أنه إذا كان المقصود العلامة يعتبر في كل بلدة متعارفهما، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فألزم النصارى بالأزرق واليهود بالأصفر، واختص المسلمون بالأبيض. قال في النهر: إلا أنه في الظهيرية قال: وأما لبس العمامة والزنار الإبريسم فجفاء في حق أهل الإسلام ومكسرة لقلوبهم، وهذا يؤذن بمنع التمييز بها، ويؤيده ما ذكره في التاترخانية: حيث صرح بمنعهم من القلانس الصغار، وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة، وهذا في العلامة أولى، وإذا عرف هذا فمنعهم من لبس العمائم هو الصواب الواضح بالتبيان، فأيد الله سلطان زماننا، والسعادته أبد والملكه شيد ولأمره سدد إذ منعهم من لبسها اهـ.

قلت: وهذا هو الموافق لما ذكره أبو يوسف في كتاب الخراج من إلزامهم لبس القلانس الطويلة المضربة، وأن عمر كان يأمر بذلك ويمنعهم من لبس العمائم.

تنبيه: قال في الفتح: وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء، وكذا في الحمامات اهـ: أي فيجعل في أعناقهن طوق الحديد كما في الاختيار. قال في الدر المنتقى: قلت: وسيجيء أن الذمية في النظر إلى المسلمة كالرجل الأجنبي في الأصح، فلا تنظر أصلاً إلى المسلمة فليتنبه لذلك اهـ. ومفاده منعهن من دخول حمام فيه مسلمة، وهو خلاف المفهوم من كلامهم هنا، تأمل. قوله: (وإنما تكون طويلة سوداء) ظاهره أن الضمير للعمامة وليس كذلك، بل هو للقلنسوة، لأن المقصود منعهم من العمامة ولو غير طويلة وإلزامهم بالقلنسوة الطويلة كما علمته، فكان الصواب أن يقول: إنما يلبس قلنسوة طويلة سوداء، والقلنسوة هي التي يدخل فيها الرأس، والعمامة ما يدار عليها من منديل ونحوه. قوله: (الإبريسم) بكسر الهمزة والراء وفتح السين وهو الحرير. قال في المصباح: الحريرة واحدة الحرير وهو الإبريسم. قوله: (كصوف مربع) لعله الفرجية، فإنه الآن من خصوصيات أهل القرآن والعلم. ط. قوله: (وأبراد رقيقة) البرد نوع من الثياب مخطط كما في النهاية. قوله: (وتمامه في الفتح) حيث قال: بل ربما يقف بعض المسلمين

وفي الحاوي: وينبغي أن يلازم الصغار فيما يكون بينه وبين المسلم في كل شيء، وعليه فيمنع من القعود حال قيام المسلم عنده. بحر. ويحرم تعظيمه، وتكره مصافحته، ولا يبدأ بسلام إلا لحاجة ولا يزاد في الجواب على «وعليك» ويضيق عليه في المرور، ويجعل على داره علامة، وتمامه في الأشباه من أحكام الذمي. وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: ويمنعون من استيطان مكة والمدينة لأنهما من أرض العرب. قال عليه الصلاة والسلام «لا يَجْتَمِعُ فِي أَرْضِ العَرَبِ

خدمة لهم خوفاً من أن يتغير خاطره منه، فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر. ثم قال: وتجعل مكاعيبهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسون طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم، هكذا أمروا، واتفقت الصحابة على ذلك» اهـ. وقال أيضاً: ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار اهـ.

قلت: وفي هذه السنة في البلاد الشامية استأسدت اليهود والنصارى على المسلمين، ولله در القائل: الكامل.

أَحْبَابَنَا نُوَبُ الزَّمَانِ كَثِيرَةٌ ... وَأَمَرُّ مِنْهَا رِفْعَةُ السُّفَهَاءِ

فَمَتَى يُفِيقُ الدَّهْرُ مِنْ سَكَرَاتِهِ ... وَأَرَى اليَهُودَ بِذِلَّةِ الفُقَهَاءِ؟

قوله: (وينبغي أن يلازم الصغار) أي الذل والهوان، والظاهر أن «ينبغي» هنا بمعنى يجب. قال في البحر: وإذا وجب عليهم إظهار الذل والصغار مع المسلمين وجب على المسلمين عدم تعظيمهم، لكن قال في الذخيرة: إذا دخل يهودي الحمام إن خدمه المسلم طمعاً في فلوسه فلا بأس به، وإن تعظيماً له: فإن كان ليميل قلبه إلى الإسلام فكذلك، وإن لم ينو شيئاً مما ذكرنا كره. وكذا لو دخل ذمي على مسلم فقام له ليميل قلبه إلى الإسلام فلا بأس، وإن لم ينو شيئاً أو عظمه لغناه كره اهـ. قال الطرسوسي: وإن قام تعظيماً لذاته وما هو عليه: كفر، لأن الرضا بالكفر كفر، فكيف بتعظيم الكفر اهـ.

قلت: وبه علم أنه لو قام له خوفاً من شره، فلا بأس أيضاً، بل إذا تحقق الضرر فقد يجب وقد يستحب على حسب حال ما يتوقعه. قوله: (ويضيق عليه في المرور) بأن يلجئه إلى أضيق الطريق، وعبارة الفتح: ويضيق عليهم في الطريق. قوله: (ويجعل على داره علامة) لئلا يقف سائل فيدعوا له بالمغفرة أو يعامله في التضرع معاملة المسلمين، فتح. قوله: (لأنهما من أرض العرب) أفاد أن الحكم غير مقصور على مكة والمدينة، بل جزيرة العرب كلها كذلك، كما عبر به في الفتح وغيره، وقدمنا تحديدها، والحديث المذكور قاله عليه الصلاة والسلام في مرضه الذي مات فيه، كما أخرجه في

دِينَارٍ»[١] ولو دخل لتجارة جاز ولا يطيل. وأما دخوله المسجد الحرام فذكر في السير الكبير المنع، وفي الجامع الصغير عدمه، والسير الكبير آخر تصنيف محمد رحمه الله تعالى فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال. انتهى. وفي الخانية: تميز نساؤهم لا عبيدهم بالكستيج (الذمي إذا اشترى داراً)

الموطأ وغيره وبسطه في الفتح. قوله: (ولا يطيل) فيمنع أن يطيل فيها المكث حتى يتخذ فيها مسكناً، لأن حالهم في المقام في أرض العرب مع التزام الجزية كحالهم في غيرها بلا جزية، وهناك لا يمنعون من التجارة، بل من إطالة المقام، فكذلك في أرض العرب. شرح السير. وظاهره أن حد الطول سنة. تأمل. قوله: (فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال) أي فيكون المنع هو المعتمد في المذهب.

قلت: لكن الذي ذكره أصحاب المتون في كتاب الحظر والإباحة أن الذمي لا يمنع من دخول المسجد الحرام وغيره. وذكر الشارح هناك أن قول محمد والشافعي وأحمد المنع من المسجد الحرام، فالظاهر أن ما في السير الكبير هو قول محمد وحده دون الإمام، وأن أصحاب المتون على قول الإمام، ومعلوم أن المتون موضوعة لنقل ما هو المذهب فلا يعدل عما فيها، على أن الإمام السرخسي ذكر في شرح السير الكبير أن أبا سفيان جاء إلى المدينة، ودخل المسجد، وذلك قصة؛ قال: فهذا دليل لنا على مالك رحمه الله تعالى بمنعه المشرك من أن يدخل شيئاً من المساجد، ثم قال: إن الشافعي قال: يمنعون من دخول المسجد الحرام خاصة للآية: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة ٢٨] فأما عندنا لا يمنعون كما لا يمنعون عن دخول سائر المساجد، ويستوي في ذلك الحربي والذمي الخ. قوله: (وفي الخانية الخ) كان الأولى تقديمه على مسألة الاستبدال. ثم إن ظاهره أن نساءهم تميز بالكستيج دون العبيد، مع أن الذي في عبارة الخانية ذكر النساء أصلاً، ونصها: ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستيجات، وهكذا نقله عنها في البحر والنهر. وعبارة النهر قالوا: ويجب تمييز نسائهم أيضاً عن نسائنا في الطرقات والحمامات، وفي الخانية ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستيجات اهـ.

مَطْلَبٌ فِي سُكْنَى أَهْلِ الذِّمَّةِ المُسْلِمِينَ فِي الْمِصْرِ

قوله: (الذمي إذا اشترى داراً الخ) قال السرخسي في شرح السير: فإن مصر الإمام في أراضيهم للمسلمين كما مصر عمر رضي الله عنه البصرة والكوفة، فاشترى بها أهل الذمة دوراً وسكنوا مع المسلمين ثم يمنعوا من ذلك، فإنا قبلنا منهم عقد الذمة

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٩٣٥٩) والبيهقي ٩/٢٠٨، وانظر نصب الراية ٣/٤٥٤ والتلخيص ٤/١٢٤.

أي أراد شراءها في المصر لا ينبغي أن تباع منه، فلو اشترى يجبر على بيعها من المسلم وقيل لا يجبر إلا إذا كثر، درر.

قلت: وفي معروضات المفتي أبي السعود من كتاب الصلاة سئل عن مسجد لم يبق في أطرافه بيت أحد من المسلمين وأحاط به الكفرة، فكان الإمام والمؤذن فقط لأجل وظيفتهما يذهبان إليه فيؤذنان ويصليان به، فهل تحل لهم الوظيفة؟ فأجاب بقوله: تلك البيوت يأخذها المسلمون بقيمتها جبراً على الكفرة وقد ورد الأمر الشريف السلطاني بذلك، فالحاكم لا يؤجر هذا أصلاً، وفيها من الجهاد، وبعد أن ورد الأمر الشريف السلطاني بعدم استخدام الذمي للعبيد والجواري، لو استخدم ذمي عبداً أو جارية ماذا يلزمه؟ فأجاب: يلزمه التعزير الشديد والحبس. ففي الخانية: ويؤمرون بما كان استخفافاً لهم، وكذا تميز دورهم عن دورنا. انتهى. فليحفظ ذلك (وإذا تكارى أهل الذمة دوراً فيما بين

ليقفوا على محاسن الدين فعسى أن يؤمنوا، واختلاطهم بالمسلمين والسكنى معهم يحقق هذا المعنى، وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة الحلواني يقول: هذا إذا قلوا وكانوا بحيث لا تتعطل جماعات المسلمين ولا تتقلل الجماعة بسكناهم بهذه الصفة، فأما إذا كثروا على وجه يؤدي إلى تعطيل بعض الجماعات أو تقليلها منعوا من ذلك وأمروا أن يسكنوا ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة، وهذا محفوظ عن أبي يوسف في الأمالي اهـ. قوله: (أي أراد شراءها) بيان لمراده بقوله بعد «فلا ينبغي أن تباع منه» ط. قوله: (وقيل لا يجبر إلا إذا كثر) نقله في البحر عن الصغرى بعد أن نقله عن الخانية بلا تقييد بالكثرة، ولكن لم يعبر عنه بقيل. ولا يخفى أن هذا القيد يصلح توفيقاً بين القولين، وهذا قول شمس الأئمة الحلواني كما علمته آنفاً ومشى عليه في الوهبانية وشرحها، وكذا قال الخير الرملي: إن الذي يجب أن يعول عليه التفصيل، فلا نقول بالمنع مطلقاً ولا بعدمه مطلقاً، بل يدور الحكم على القلة والكثرة والضرر والمنفعة، وهذا هو الموافق للقواعد الفقهية، فتأمل. قوله: (فأجاب الخ) هذا الجواب مبني على اختيار الحلواني وغيره. قال ط: والمجيب غفل عن السؤال وعما هو جوابه أنهما يستحقان الوظيفة لقيامهما بالعمل اهـ.

قلت: وإنما تركه لظهوره وتنبيهاً على ما هو الأهم فهو من أسلوب الحكيم كما في قوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة﴾ [البقرة ١٨٩] الآية. قوله: (ففي الخانية الخ) أي ففي الاستخدام المذكور يلزم الاستخفاف. قوله: (وإذا تكارى الخ) شروع في الكراء بعد الفراغ من الشراء، وظاهر كلام المصنف الفرق بينهما، وهو مبني على القول

المسلمين ليسكنوا فيها) في المصر (جاز) لعود نفعه إلينا وليروا تعاملنا فيسلموا **(بشرط عدم تقليل الجماعات لسكناهم)** شرحه الإمام الحلواني **(فإن لزم ذلك من سكناهم أمروا بالاعتزال عنهم والسكنى بناحية ليس فيها مسلمون)** وهو محفوظ عن أبي يوسف. بحر عن الذخيرة. وفي الأشباه: واختلف في سكناهم بيننا في المصر، والمعتمد الجواز في محلة خاصة. انتهى، وأقره المصنف وغيره، لكن رده شيخ الإسلام جوى زاده وجزم بأنه فهم خطأ، فكأنه فهم من الناحية المحلة، وليس كذلك، فقد صرح التمرتاشي في شرح الجامع الصغير بعد ما نقل

بالمنع على البيع مطلقاً، وقد علمت أن المعول عليه القول بالتفصيل، فلا فرق بين الكراء والشراء، بل أصل العبارة المذكورة إنما هو في الشراء كما نقلناه آنفاً عن السرخسي. قوله: **(في المصر)** الظاهر أنه غير قيد بعد اعتبار الشرط المذكور. قوله **(ليس فيها مسلمون)** هو في معنى ما مر من قوله: ليس فيها للمسلمين جماعة لأن من شأن المسلمين إقامة الجماعة. قوله. **(لكن رده الخ)** وعبارته كما رأيته في حاشية الحموي وغيرها. قوله: **(في محلة خاصة)** هذا اللفظ لم أجده لأحد، وإنما الموجود في الكتب أن الجواز مقيد بما ذكره الحلواني بقوله: هذا إذا قلوا بحيث لا تتعطل بسبب سكناهم جماعات المسلمين ولا تتقلل، أما إذا تعطلت أو تقللت، فلا يمكنون من السكنى فيها، ويسكنون في ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة فكأن المصنف فهم من الناحية المحلة، وليس كذلك، بل قد صرح التمرتاشي في شرح الجامع الصغير بعد ما نقل عن الشافعي أنهم يؤمرون ببيع دورهم في أمصار المسلمين والخروج عنها، والسكنى خارجها لئلا تكون لهم منعة كمنعة المسلمين بمنعهم عن أن تكون لهم محلة خاصة حيث قال بعد ما ذكرناه نقلاً عن النسفي: «والمراد» أي بالمنع المذكور عن الأمصار «أن يكون لهم في المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة كمنعة المسلمين، فأما سكناهم بينهم وهم مقهورون فلا كذلك» اهـ.

قلت: وقوله: «بمنعهم» متعلق بقوله: «صرح» وقوله حيث قال: أي التمرتاشي: وحاصل كلامه أن المحلة من جملة المصر، مع أن الحلواني قال: لا يمكنون من السكنى فيها: أي في المصر ويسكنون في ناحية الخ. فهو صريح بأنه إذا لزم تقليل الجماعة يسكنون في ناحية خارجة عن المصر فهي غير المحلة. وصريح كلام التمرتاشي أيضاً منعهم عن أن يكون لهم محلة خاصة في المصر، وإنما يسكنون بينهم مقهورين. يعني إذا لم يلزم تقليل الجماعة، فتحصل من مجموع كلام الحلواني والتمرتاشي أنه إذا لزم من سكناهم في المصر تقليل الجماعة أمروا بالسكنى في ناحية

عن الشافعي أنهم يؤمرون ببيع دورهم في أمصار المسلمين وبالخروج منها، وبالسكنى خارجها لئلا يكون لهم محلة خاصة. نقلاً عن السغدي، والمراد: أي بالمنع المذكور عن الأمصار أن يكون لهم في المصر محلة خاصة يسكنونها، ولهم فيها منعة عارضة كمنعة المسلمين، فإما سكنا بينهم وهم مقهورون فلا كذلك كذا

خارج المصر ليس فيها جماعة للمسلمين، وإن لم يلزم ذلك يسكنون في المصر بين المسلمين مقهورين لا في محلة خاصة في المصر، لأنه يلزم منه أن يكون لهم في مصر المسلمين منعة كمنعة المسلمين، بسبب اجتماعهم في محلتهم، فافهم. قوله: (إنهم يؤمرون) مفعول نقل. ط. قوله: (نقلاً) حال من فاعل صرح بتأويل اسم الفاعل اهـ ح. قوله: (والمراد) الأوضح أن يقول: «بأن المراد» ويكون متعلقاً بصرح ط. قوله: (ولهم فيها منعة) الواو للحال، والمنعة بفتح النون جمع مانع. أي جماعات يمنعونهم من وصول غيرهم إليهم. أفاده ح. وقوله: «عارضة» صفة «منعة» وعروضها إنما هو بسبب اجتماعهم في محلة خاصة، وقوله: «فأما سكناهم الخ» مقابلة: أي أن سكناهم بين المسلمين، لا في محلة خاصة، بل متفرقين بينهم وهم مقهورون لهم، فلا كذلك: أي فلا يكون ممنوعاً.

مَطْلَبٌ فِي مَنْعِهِمْ عَنِ التَّعَلِّي فِي الْبِنَاءِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ

تنبيه: قال في النهر المختار: وكذا يمنعون عن التعلي في بنائهم على المسلمين، ومن المساواة عند بعض العلماء؛ نعم يبقى القديم كما في الوهبانية وشروحها، وفي المنظومة المحبية: [الرجز]

وَيُمْنَعُ الذِّمِّيُّ مِنْ أَنْ يَبْتَنِي ... أَوْ أَنْ يُعَلِّيَ مَنْزِلاً عَلَى الْبِنَا
إِنْ كَانَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ يَسْكُنُ ... بَلْ أَهْلُ ذِمَّةٍ عَلَى مَا بَيَّنُوا

قلت: ومقتضى النظم الذي ذكره: المنع ولو البناء قديماً، لأنه علق المنع على السكنى لا على التعلية في البناء، لكن سئل في الخيرية عن طبقة ليهودي راكبة على بيت لمسلم، يريد المسلم منعه من سكناها، ومن التعلي عليه فأجاب: بأنه ليس للمسلمين ذلك، فقد جوّزوا بقاء دار الذمي العالية، على دار المسلم وسكناها إذا ملكها ما لم تنهدم فإنه لا يعيدها عالية كما كانت، وممن صرح بذلك ابن الشحنة في شرح النظم الوهباني، وكثير من علمائنا اهـ. وذكر في جواب سؤال آخر: أنه إذا كان التعلي للتحفظ من اللصوص، لا يمنع منه، لأنهم نصوا على أنهم ليس لهم رفع بنائهم على المسلمين، وعلة المنع مقيدة بالتعلي على المسلمين، فإذا لم يكن ذلك بل للتحفظ، فلا يمنعون كما هو ظاهر اهـ. وقال قارىء الهداية في فتاواه: أهل الذمة في

في فتاوى الإسكوبي فليحفظ (وينتقض عهدهم بالغلبة على موضع للحرب

المعاملات كالمسلمين، فما جاز للمسلم فعله في ملكه جاز لهم، وما لا فلا، وإنما يمنع من تعلية بنائه إذا حصل لجاره ضرر كمنع ضوء وهواء. قال: هذا هو ظاهر المذهب، وذكر القاضي أبو يوسف في كتاب الخراج أن للقاضي منعهم من السكنى بين المسلمين، بل يسكنون منعزلين. قال قارىء الهداية: وهو الذي أفتي به أنا اهـ: أي لأنه إذا كان له منعهم من السكنى بيننا، فله منعهم من التعلي بالأولى. وذكر في جواب آخر: لا يجوز لهم أن يُعلّوا بناءهم على بناء المسلمين، ولا أن يسكنوا داراً عالية البناء بين المسلمين، بل يمنعون أن يسكنوا عالات المسلمين اهـ. وهذا ميل منه إلى ما نقله عن أبي يوسف، وأفتى به أولاً أيضاً، والظاهر أن قوله: هذا هو ظاهر المذهب، يرجع إلى قوله: أهل الذمة في المعاملات كالمسلمين، ولما كان لا يلزم منه أن يكونوا مثلهم فيما فيه استعلاء على المسلمين أفتى في الموضعين بالمنع لما قدمه الشارح عن الحاوي من أنه ينبغي أن يلازم الصغار فيما يكون بينه وبين المسلمين في كل شيء، ولا يخفى أن استعلاءه في البناء على جيرانه المسلمين خلاف الصغار، بل بحث في الفتح أنه إذا استعلى على المسلمين حلّ للإمام قتله، ولا يخفى أن لفظ «استعلى» يشمل ما بالقول وما بالفعل، وبهذا التقرير اندفع ما ذكره في الخيرية مخالفاً لما قدمناه عنه من قوله: إن ما أفتى به قارىء الهداية من ظاهر المذهب أقوى مدركاً للحديث الشريف الموجب، لكونهم «لهم ما لنا وعليهم ما علينا» فإن قارىء الهداية لم يفت به بل أفتى في الموضعين بخلافه كما سمعت. والحديث الشريف لا يفيد أن لهم ما لنا من العز والشرف، بل في المعاملات من العقود ونحوها، للأدلة الدالة على إلزامهم الصغار وعدم التمرد على المسلمين، وصرح الشافعية بأن منعهم عن التعلي واجب، وأن ذلك لحق الله تعالى وتعظيم دينه، فلا يباح برضا الجار المسلم اهـ. وقواعدنا لا تأباه فقد مر أنه يحرم تعظيمه، ولا يخفى أن الرضا باستعلائه تعظيم له. هذا ما ظهر لي في هذا المحل، والله تعالى أعلم.

مَطْلَبٌ فِيمَا يَنْتَقِضُ بِهِ عَهْدُ الذِّمِّيِّ وَمَا لَا يَنْتَقِضُ

قوله: (وينتقض عهدهم الخ) لأنهم بذلك صاروا حرباً علينا، وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شرّ حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده. فتح. قوله: (بالغلبة على موضع) أي قرية أو حصن. فتح. وقوله: «للحرب» أي لأجل حربنا، وفي بعض النسخ «للحراب» بزيادة الألف، واحترز بالغلبة المذكورة عما لو كانوا من أهل البغي يعترضهم على القتال، فإنه لا ينتقض عهدهم، كما ذكره الزيلعي

أو باللحاق بدار الحرب) زاد في الفتح: أو بالامتناع عن قبول الجزية (أو يجعل نفسه طليعة للمشركين) بأن يبعث ليطلع على أخبار العدو، فلو لم يبعثوه لذلك لم ينتقض عهده، وعليه يحمل كلام المحيط (وصار) الذمي في هذه الأربع صور (كالمرتد) في كل أحكامه (إلا أنه) لو أسر (يسترق) والمرتد يقتل (ولا يجبر على قبول الذمة) والمرتد يجبر على الإسلام (لا) ينتقض عهده (بقوله نقضت العهد)،

وغيره في باب البغاة. قوله: (أو باللحاق بدار الحرب) لا يبعد أن يقال: انتقاله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب بالاتفاق، إن لم يكن ذلك المكان مواخماً لدار الإسلام: أي بأن كان متصلاً بدار الحرب، وإلا فعلى قولهما كما في الفتح. قوله: (أو بالامتناع عن قبول الجزية) أي بخلاف الامتناع عن أدائها على ما يأتي، لكن الامتناع عن قبولها إنما يكون عند ابتداء وضعها، وهو حينئذ لم يكن له عهد ذمة حتى ينتقض، ويمكن تصويره فيمن دخل في عقد الذمة تبعاً ثم صار أهلاً كالمجنون والصبي، فإذا أفاق أو بلغ أول الحول توضع عليه فإذا امتنع انتقض عهده، أفاده ط. قوله: (أو يجعل نفسه طليعة للمشركين) هذا مما زاده في الفتح أيضاً، لكن لم يذكره هنا بل ذكره في النكاح في باب نكاح المشرك. قوله: (بأن يبعث ليطلع الخ) صورته: أن يدخل مستأمن ويقيم سنة، وتضرب عليه الجزية وقصده التجسس على المسلمين ليخبر العدو ط. قوله: (فلو لم يبعثوه) بأن كان ذمياً أصلياً وطرأ عليه هذا القصد. ط. قوله: (وعليه يحمل كلام المحيط) حيث قال: لو كان يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلاً من المسلمين ليقتله لا يكون نقضاً للعهد، وهذا التوفيق لصاحب البحر، وأقره في النهر وغيره، ويشعر به تعبير الفتح بالطليعة، فإن الطليعة واحدة الطلائع في الحرب، وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو كما في البحر عن المغرب. قوله: (في كل أحكامه) فيحكم بموته باللحاق، وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعاً، ويقسم ماله بين ورثته. فتح. وتمامه في البحر. قوله: (والمرتد يقتل) لأن كفره أغلظ. بحر. قوله: (والمرتدة تجبر على الإسلام) أما المرتدة فإنها تسترق بعد اللحاق: رواية واحدة وقيده في رواية. بحر. قوله: (بقوله نقضت العهد) لأنه لا ينتقض عهده بالقول بل بالعمل كما مر، بخلاف الأمان للحربي.

قلت: ولعل وجه الفرق أن أمان الحربي على شرف الزوال لتمكنه من العود متى أراد، فهو غير لازم، بخلاف عهد الذمة فهو لازم لا يصح الرجوع عنه، ولذا لا يمكن من العود إلى دار الحرب فيجبره الإمام على الجزية ما دام تحت قهره، بخلاف ما إذا لحق بدارهم أو غلبوا على موضع أو جعل نفسه طليعة أو امتنع من قبول الجزية، لأنه

زيلعي (بخلاف الأمان) للحربي؛ فإنه ينتقض بالقول. بحر (ولا بالإباء عن) أداء (الجزية) بل عن قبولها كما مر، ونقل العيني عن الواقعات قتله بالإباء عن الأداء، قال: وهو قول الثلاثة، لكن ضعفه في البحر (و) لا (بالزنا بمسلمة وقتل مسلم) وإفتان مسلم عن دينه وقطع الطريق.

في الأولين صار حرباً علينا، كما مر. وفي الثالث: أنه لم يقصد العهد بل جعله علم وصلة إلى إضراره بنا. وفي الرابع: لم يوجد منه ما يدفع عنه القتل بخلاف ما إذا امتنع عن أدائها، ولذا قال الزيلعي وغيره: لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها، والالتزام باق فيأخذها الإمام منه جبراً. اهـ. وبهذا اندفع ما استشكله في النهر من أنه لو امتنع عن قبولها نقض عهده، وليس ذلك إلا بالقول. وجه الدفع أن الانتقاض لم يجيء من قوله لا أقبل، بل من عدم وجود ما يدفع عنه القتل وهو التزام أدائها، بخلاف امتناعه عن أدائها بقوله لا أؤديها، فإنه قول وجد بعد التزامها الدافع للقتل، ولا يزول ذلك الالتزام به، وكذا بقوله نقضت العهد لما قلنا من أنه لازم لا يملك فسخه صريحاً ولا دلالة ما دام تحت قهرنا، فافهم. واندفع به أيضاً ما أورده في الدرر من أن امتناعه عن أدائها بقوله لا أعطيها ينافي بقاء الالتزام، لما قلنا من لزوم ذلك الالتزام، وأنه لا يملك نقضه صريحاً، فكذا دلالة بالأولى فيجبر على أدائها ما دام مقهوراً في دارنا. ثم رأيت الحموي أجاب بنحوه، والله تعالى أعلم. قوله: (بل عن قبولها) أي بل ينتقض عهده بالإباء عن قبولها، وقدمنا تصويره، وقد علمت آنفاً وجه الفرق بين المسألتين. قوله: (ونقل العيني) حيث قال: وفي رواية مذكورة في الواقعات ينتقض عهده لأن أهل الذمة إذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ويقاتلون، وهو قول الثلاثة اهـ. ولا يخفى ضعفها رواية ودراية. بحر.

قلت: أما وجه الضعف رواية فلأنه خلاف الرواية المشهورة في المذهب المنصوصة في المتون وغيرها، وأما الدراية أي الضعف من حيث المعنى، فلما علمت من بقاء الالتزام الدافع للقتال فتؤخذ منهم جبراً. ويمكن تأويل ما في الواقعات بما إذا كانوا جماعة تغلبوا على موضع هو ملجأ أو غيرها وأظهروا العصيان والمحاربة، فإنها حينئذ لا يمكن أخذها منهم إلا بالقتال. تأمل. قوله: (ولا بالزنا بمسلمة) بل يقام عليه موجبه، وهو الحد، وكذا لو نكحها لا ينتقض عهده، والنكاح باطل، ولو أسلم بعده يعزران وكذا الساعي بينهما. بحر. قوله: (وإفتان مسلم) مصدر أفتن الرباعي اهـ ح.

قلت: لكن الذي رأيته في النسخ افتتان بتاءين، وفي المصباح: فتن المال الناس من باب ضرب: استمالهم، وفتن في دينه وافتتن أيضاً بالبناء للمفعول: مال عنه.

(وسبّ النبي ﷺ) لأن كفره

عنه اهـ. ومقتضاه[1]: أن الانتقاض متعدٍّ لا لازم. تأمل.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ سَبِّ الذِّمِّيِّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

قوله: (وسبّ النبي ﷺ) أي إذا لم يعلن، فلو أعلن بشتمه أو اعتاده قتل، ولو امرأة وبه يفتى اليوم. در. منتقى. وهذا حاصل ما سيذكره الشارح هنا، وقيده الخير الرملي بقيد آخر حيث قال: أقول هذا إن لم يشترط انتقاضه به، أما إذا شرط انتقض به كما هو ظاهر اهـ.

قلت: وقد ذكر الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج في صلح أبي عبيدة مع أهل الشام أنه صالحهم، واشترط عليهم حين دخلها على أن يترك كنائسهم، وبيعهم على أن لا يحدثوا بناء بيعة، ولا كنيسة، وأن لا يشتموا مسلماً، ولا يضربوه الخ، وذكر العلامة قاسم من رواية الخلال والبيهقي وغيرهما كتاب العهد وفي آخره: فلما أتيت عمر بن الخطاب بالكتاب زاد فيه: وأن لا نضرب أحداً من المسلمين شرطنا لهم ذلك علينا، وعلى أهل ملتنا وقبلنا عنهم الأمان، فإن نحن خالفنا شيئاً مما شرطناه لكم وضمنا على أنفسنا فلا ذمة لنا، وقد حل لكم منا ما يحل لكم من أهل المعاندة والشقاق. وفي رواية الخلال: فكتب عمر أن أمض لهم ما سألوه، وألحق فيه حرفين اشترطهما عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم: أن لا يشتروا شيئاً من سبايانا، ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده اهـ. وقد ذكر الشرنبلالي في رسالته كتاب العهد بتمامه، ثم قال: وقد اعتمد الفقهاء ذلك من كل مذهب كما نقله القاضي بدر الدين القرافي اهـ. ثم ذكر الشرنبلالي أنه انتقض عهدهم بإحداث ذلك الدير: أي الذي أحدثوه في زمنه، وألف فيه الرسالة المذكورة، ثم قال بعد ذكره ما ألحقه عمر رضي الله تعالى عنه: إن هذا دليل لما قاله الكمال بن الهمام من نقض العهد بتمردهم واستعلائهم على المسلمين.

قلت: ولعلهم لم يقيدوا بهذا القيد لظهوره كما تقدم عن الرملي، لأن المعلق على أمر لا يوجد بدونه، ولأن مرادهم بيان أن مجرد عقد الذمة لا ينتقض بما ذكروه من السبّ ونحوه، «والجهاد ماض إلى يوم القيامة» وليس كل إمام إذا فتح بلدة يشترط هذا الشرط الذي شرطه عمر، فلذا تركوا التصريح به على أن ما شرطه عمر على الشام ونحوها لا يجري حكمه على كل ما فتح من البلاد ما لم يعلم اشتراطه عليهم أيضاً.

(1) في ط (قوله ومقتضاه الخ) وجه ذلك أن تصريحه بأنه اختص مبني للمجهول يقتضي أنه متعد لا لازم، ولأن المبني للمجهول لا يكون من اللازم.

المقارن له لا يمنعه، فالطارئ لا يرفعه، فلو من مسلم قبل كما سيجيء (ويؤدب الذمي ويعاقب على سبه دين الإسلام أو القرآن أو النبي ﷺ) حاوي وغيره

فصار الحاصل: أن عقد الذمة لا ينتقض بما ذكروه ما لم يشترط انتقاضه به، فإذا اشترط انتقض: وإلا فلا إلا إذا أعلن بالشتم أو اعتاده لما قدمناه، ولما يأتي عن المعروضات وغيره ولما ذكره ط عن الشلبي عن حافظ الدين النسفي إذا طعن الذمي في دين الإسلام طعناً ظاهراً جاز قتله، لأن العهد معقود معه على أن لا يطعن، فإذا طعن فقد نكث عهده وخرج من الذمة اهـ. لكن مقتضى هذا التعليل اشتراط عدم الطعن بمجرد عقد الذمة، وهو خلاف كلامهم، فتأمل.

تنبيه: قيد الشافعية الشتم بما لا يتدينون به[1]، ونقله في حاشية السيد أبي السعود عن الذخيرة بقوله: إذا ذكره بسوء يعتقده ويتدين به بأن قال إنه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه إلى الكذب: فعند بعض الأئمة لا ينتقض عهده، أما إذا ذكره بما لا يعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه إلى الزنا أو طعن في نسبه اهـ. قوله: (المقارن له) أي لعهد الذمة. قوله: (فالطارئ) أي بالسب. قوله: (فلو من مسلم قبل) أي إن لم يتب لا مطلقاً، خلافاً لما ذكره في الدرر هنا والبزازية وغيرهما، فإنه مذهب المالكية لا مذهبنا، كما سيأتي تحريره، فافهم. قوله: (ويؤدب الذمي ويعاقب الخ) أطلقه فشمل تأديبه وعقابه بالقتل، إذا اعتاده، وأعلن به كما يأتي، ويدل عليه ما قدمته آنفاً عن حافظ الدين النسفي، وتقدم في باب التعزير أنه يقتل المكابر بالظلم وقطاع الطريق والمكاس وجميع الظلمة وجميع الكبائر، وأنه أفتى الناصحي بقتل كل مؤذ.

ورأيت في كتاب «الصارم المسلول» لشيخ الإسلام ابن تيمية الحنبلي ما نصه: «وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا: لا ينتقض العهد بالسب، ولا يقتل الذمي بذلك، لكن يعزر على إظهار ذلك كما يعزر على إظهار المنكرات التي ليس لهم فعلها من إظهار أصواتهم بكتابهم ونحو ذلك، وحكاه الطحاوي عن الثوري، ومن أصولهم: يعني الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع في غير القبل إذا تكرر، فللإمام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى المصلحة في ذلك، ويحملون ما جاء عن النبي ﷺ وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسمونه «القتل سياسة».

---

(1) في ط (قلت: ومذهب الشافعي ما في المنهاج وشرحه لابن حجر: ولو زنى بمسلمة أو أصابها بنكاح، أو دل أهل الحرب على عورة للمسلمين أو فتن مسلماً عن دينه، أو طعن في الإسلام أو القرآن، أو ذكر جهراً الله ورسوله ﷺ أو القرآن، أو نبياً بسوء مما لا يتدينون به فالأصح أنه إن شرط انتقاض العهد به انتقض لمخالفة الشرط، وإلا يشترط ذلك، أو نحوها: مما شرط أو لا فعل الأربعة فلا ينتقض، لأنها لا تخل بمقصود العهد. وجاء في أصل الروضة أنه لا تنقض مطلقاً وتنقضه

قال العيني: واختياري في السب أن يقتل اهـ. وتبعه ابن الهمام.

قلت: وبه أفتى شيخنا الخير الرملي وهو قول الشافعي، ثم رأيت في معروضات المفتي أبي السعود، أنه ورد أمر سلطاني بالعمل بقول أئمتنا

وكان حاصله: أن له أن يعزر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار، وشرع القتل في جنسها، ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي ﷺ من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه، وقالوا: يقتل سياسة، وهذا متوجه على أصولهم اهـ. فقد أفاد أنه يجوز عندنا قتله إذا تكرر منه ذلك وأظهره، وقوله: وإن أسلم بعد أخذه، لم أر من صرح به عندنا، لكنه نقله عن مذهبنا وهو ثبت فيقبل. قوله: (قال العيني الخ) قال في البحر: لا أصل له في الرواية اهـ. ورده الخير الرملي: لا يلزم من عدم النقض عدم القتل، وقد صرحوا قاطبة بأنه يعزر على ذلك ويؤدب، وهو يدل على جواز قتله زجراً لغيره، إذ يجوز الترقي في التعزير إلى القتل، إذا عظم موجبه ومذهب الشافعي كمذهبنا على الأصح. قال ابن السبكي: لا ينبغي أن يفهم من عدم الانتقاض أنه لا يقتل، فإن ذلك لا يلزم اهـ. وليس في مذهبنا ما ينفي قتله خصوصاً إذا أظهر ما هو الغاية في التمرد، وعدم الاكتراث والاستخفاف واستعلى على المسلمين على وجه صار متمرداً عليهم اهـ. ونقل المقدسي ما قاله العيني، ثم قال: وهو مما يميل إليه كل مسلم، والمتون والشروح خلافه. أقول: ولنا أن نؤدب الذمي تعزيراً شديداً بحيث لو مات كان دمه هدراً اهـ.

قلت: لكن هذا إذا أعلن بالسب وكان مما لا يعتقده كما علمته آنفاً. قوله: (وتبعه ابن الهمام) حيث قال والذي عندي أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد[1] إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به، وينتقض عهده، وإن لم يظهره ولكن عثر عليه، وهو يكتمه فلا، وهذا لأنه الغاية في التمرد والاستخفاف بالإسلام والمسلمين، فلا يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً، إلى أن قال. وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمرداً عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار اهـ. قال في البحر: وهو بحث خالف فيه أهل المذهب اهـ. وقال الخير الرملي: إن ما بحثه في النقض مسلم مخالفته للمذهب، وأما ما بحثه في القتل فلا اهـ: أي لما علمته آنفاً من جواز التعزير بالقتل، ولما يأتي من جواز قتله إذا أعلن به. قوله: (وبه أفتى شيخنا) أي بالقتل لكن تعزيراً كما قدمناه عنه، وينبغي تقييده بما إذا ظهر أنه معتاده كما قيده به في المعروضات، أو بما إذا أعلن به كما يأتي، بخلاف

---

(١) في ط (قوله كنسبة الولد) تمثيل للمنفي أي ما يعتقدونه.

القائل يقتله إذا ظهر أنه معتاده، وبه أفتي. ثم أفتى في بكر اليهودي قال لبشر النصراني: نبيكم عيسى ولد زنا: بأنه يقتل لسبه للأنبياء عليهم الصلاة والسلام اهـ.

قلت: ويؤيده أن ابن كمال باشا في أحاديثه الأربعينية في الحديث الرابع والثلاثين: «يَا عَائِشَةُ لَا تَكُونِي فَاحِشَةً» ما نصه: والحق أنه يقتل عندنا إذا أعلن بشتمه عليه الصلاة والسلام، صرح به في سير الذخيرة، حيث قال: واستدل محمد لبيان قتل المرأة إذا أعلنت بشتم الرسول بما روي أن عمر بن عدي لما سمع عصماء بنت مروان تؤذي الرسول فقتلها ليلاً: مدحه ﷺ على ذلك انتهى.

ما إذا عثر عليه وهو يكتمه كما مر عن ابن الهمام. قوله: (وبه أفتي) أي أبو السعود مفتي الروم، بل أفتى به أكثر الحنفية إذا أكثر السب، كما قدمناه عن «الصارم المسلول» وهو معنى قوله: «إذا ظهر أنه معتاده» ومثله ما إذا أعلن به كما مر، وهذا معنى قول ابن الهمام: إذا أظهره يقتل به، فلم يكن كلامه مخالفاً للمذهب، بل صرح به محرر المذهب الإمام محمد كما يأتي. قوله: (بأنه يقتل) لم يقيده بما إذا اعتاده كما قيد به أولاً، فظاهره أنه يقتل مطلقاً. وهو موافق لما أفتى به الخير الرملي ولما مر عن العيني والمقدسي، لكن علمت تقييده بالإعلان، أو بما في «الصارم المسلول» من اشتراط التكرار. قوله: (لسبه للأنبياء) المراد الجنس، وإلا فهو قد سبّ نبياً واحداً. قوله: (ويؤيده) أي يؤيد قتل الكافر الساب. قوله: (في أحاديثه) الجار والمجرور خبر مقدم و«ما» في قوله: «ما نصه» نكرة موصوفة بمعنى شيء مبتدأ مؤخر، والجملة من المبتدأ والخبر خبر «إن» و«نصه» مصدر بمعنى منصوصه مرفوع على أنه مبتدأ، وقوله: «والحق الخ» هذه الجملة إلى آخرها أريد بها لفظها في محل رفع، على أنها خبر نصه، وجملة هذا المبتدأ وخبره في محل رفع على أنها صفة لما الواقعة مبتدأ، وجملة «ما» وخبرها المقدم خبر «أن» في قوله: «أن ابن كمال» والمعنى: أن ابن كمال شيء منصوصه، والحق الخ ثابت في أحاديثه الأربعينية، فافهم. قوله: (حيث قال الخ) بيانه أن هذا استدلال من الإمام محمد رحمه الله تعالى، على جواز قتل المرأة إذا أعلنت بالشتم فهو مخصوص من عموم النهي عن قتل النساء، من أهل الحرب كما ذكره في السير الكبير، فيدل على جواز قتل الذمي المنهي عن قتله بعقد الذمة، إذا أعلن بالشتم أيضاً. واستدل لذلك في شرح السير الكبير بعدة أحاديث منها: حديث أبي إسحاق الهمداني قال: «جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: سَمِعْتُ امْرَأَةً مِنْ يَهُودَ وَهِيَ تَشْتُمُكَ وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهَا لَمُحْسِنَةٌ إِلَيَّ فَقَتَلْتُهَا، فَأَهْدَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ

فليحفظ (ويؤخذ من مال بالغ تغلبي وتغلبية) لا من طفلهم إلا الخراج (ضعف زكاتنا) بأحكامها (مما تجب فيه الزكاة) المعهودة بيننا، لأن الصلح وقع كذلك (و) يؤخذ (من مولاه) أي معتق التغلبي (في الجزية والخراج كمولى القرشي) وحديث مولى القوم منهم مخصوص بالإجماع (ومصرف الجزية والخراج ومال التغلبي وهديتهم للإمام) وإنما يقبلها إذا وقع عندهم أن قتالنا للدين لا الدنيا. جوهرة (وما أخذ منهم بلا حرب) ومنه تركة ذمي وما أخذه عاشر منهم. ظهيرية

عليه وسلم ختنها. قوله: (تغلبي وتغلبية) بكسر اللام على الأصل ومنهم من يفتحها. مصباح. نسبة إلى تغلب بن وائل بن ربيعة بوزن تضرب: قوم تنصروا في الجاهلية وسكنوا بقرب الروم امتنعوا عن أداء الجزية، فصالحهم عمر على ضعف زكاتنا، فهو وإن كان جزية في المعنى إلا أنه لا يراعى فيه شرائطها من وصف الصغار، وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة وأسبابها، ولذا أخذت من المرأة لأهليتها لها، بخلاف الصبي والمجنون فلا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم كما في النهر. قوله: (إلا الخراج) أي خراج الأرض، فإنه يؤخذ من طفلهم والمجنون لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة. بحر. قوله: (ضعف زكاتنا) فيأخذ الساعي من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين، ومن كل مائة وإحدى وعشرين أربع شياه، وعلى هذا من الإبل والبقر. نهر. ولا شيء عليهم في بقية أموالهم ورقيقهم كما في الإتقاني: يعني إلا إذا مروا على العاشر فإنه يأخذ منهم ضعف ما يأخذ من المسلمين. ط عن الحموي. قوله: (كمولى القرشي) يعني أن معتق التغلبي كمعتق القرشي في أن كلاً منهما لا يتبع أصله، حتى توضع الجزية والخراج عليهما وإن لم يوضعا على أصلهما تخفيفاً والمعتق لا يلحق أصله في التخفيف، ولذا لو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية، وتمامه في الفتح. قوله: (وحديث الخ) جواب سؤال وهو أن ما علله به من أن المعتق لا يلحق أصله في التخفيف معارض للنص. والجواب: أن الحديث المذكور غير مجري على عمومه بالإجماع، فإن مولى الهاشمي لا يلحقه في الكفاءة للهاشمية ولا في الإمامة، وإذا كان عاماً مخصوصاً يصح تخصيصه أيضاً بما ذكرنا من العلة، وتمامه في الفتح.

مطلب في مصارف بيت المال

قوله: (ومصرف الجزية والخراج الخ) قيد بالخراج، لأن العشر مصرفه مصرف الزكاة كما مر. قوله: (وإنما يقبلها الخ) ترك قيداً آخر: ذكره في الجوهرة؛ وهو أن يكون المهدي لا يطمع في إيمانه لو ردت هديته، فلو طمع في إيمانه بالرد لا يقبل منه. قوله: (وما أخذ منهم بلا حرب) فيه أن ما قبله مأخوذ بلا حرب لكن فسره في النهر

(مصالحنا) غير مصروف (كسد ثغور وبناء قنطرة وجسر وكفاية العلماء) والمتعلمين. تجنيس، وبه يدخل طلبة العلم. فتح (والقضاة والعمال) ككتبة قضاة وشهود قسمة ورقباء سواحل (ورزق المقاتلة وذراريهم)

بالمأخوذ صلحاً على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم. قوله: (مصالحنا) نبه بذلك عن أنه لا يخمس ولا يقسم بين الغانمين. نهر. وهو جمع مصلحة بفتح الميم واللام: ما يعود نفعه إلى الإسلام. ط عن القهستاني. قوله: (كسد ثغور) أي حفظ المواضع التي ليس وراءها إسلام، وفيه إشعار بأنه يصرف إلى جماعة يحفظون الطريق في دار الإسلام عن اللصوص. قهستاني. قوله: (وبناء قنطرة وجسر) القنطرة: ما بني على الماء للعبور، والجسر بالفتح والكسر: ما يعبر به النهر وغيره، مبنياً كان أو غيره كما في المغرب، ومثله بناء مسجد وحوض، ورباط وكري أنهار عظام غير مملوكة كالنيل وجيحون. قهستاني. وكذا النفقة على المساجد كما في زكاة الخانية، فيدخل فيه الصرف على إقامة شعائرها من وظائف الإمامة والأذان ونحوهما. بحر. قوله: (وكفاية العلماء) هم أصحاب التفسير والحديث، والظاهر أن المراد بهم من يعلم العلوم الشرعية، فيشمل الصرف والنحو وغيرهما. حموي عن البرجندي ط. وفي التعبير بالكفاية إشعار بأنه لا يزاد عليها وسيأتي بيانه، وكذا يشعر باشتراط فقرهم؛ لكن في حظر الخانية سئل عن الرازي عن بيت المال هل للأغنياء فيه نصيب؟ قال: لا، إلا أن يكون عاملاً أو قاضياً، وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه أو القرآن اهـ. قال في البحر: أي بأن صرف غالب أوقاته في العلم، وليس مراد الرازي الاقتصار على العامل أو القاضي، بل أشار بهما إلى كل من فرغ نفسه لعمل المسلمين، فيدخل فيه المفتي والجندي، فيستحقان الكفاية مع الغنى اهـ. وذكر قبله عن الفتح أن طالب العلم قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين. قوله: (والعمال) من عطف العام على الخاص، لما في القهستاني أنه بالضم والتشديد جمع عامل، وهو الذي يتولى أمور رجل في ماله وعمله كما قال ابن الأثير، فيدخل فيه المذكر والواعظ بحق وعلم كما في المنية. وكذا الوالي وطالب العلم والمحتسب والقاضي والمفتي والمعلم بلا أجر كما في المضمرات. قوله: (وشهود قسمة) بالسين المهملة: أي الذين يشهدون بالقسمة بين الورثة والشركاء واستيفاء حقوقهم، وفي نسخة «وشهود قيمة» بالياء المثناة التحتية: أي الذين يشهدون على التقويم عند الاختلاف في القيمة ط. قوله: (ورقباء سواحل) جمع رقيب من رقبته أرقبه من باب قتل: أي حفظته، والسواحل جمع ساحل، وهو شاطئ البحر. مصباح. فالمراد الذين يحفظون السواحل، وهم المرابطون في الثغور أو أعم، فافهم. قوله: (ورزق المقاتلة) الرزق بالكسر اسم من

أي ذراري من ذكر. مسكين. واعتمده في البحر قائلاً: وهل يعطون بعد موت آبائهم حالة الصغر؟ لم أره، وإلى هنا تمت مصارف بيت المال ثلاثة،

الرزق بالفتح: ما ينتفع به. قاموس. وقال الراغب: الرزق يقال للعطاء الجاري دينياً كان أو دنيوياً، وللنصيب، ولما يصل إلى الجوف ويتغذى به. قهستاني ط. قوله: (أي ذراري من ذكر الخ) لأن العلة تعم الكل كما صرح به القهستاني ومنلا مسكين وغيرهما، وعبارة الهداية والكافي توهم تخصيصهم بالمقاتلة، وبه صرح شارح المجمع. قال في الشرنبلالية: قال في البحر: وليس كذلك، وتبعه في المنح. در. منتقى. وعبر الذراري في شرح درر البحار بالزوجة والأولاد.

مَطْلَبٌ: مَنْ لَهُ ٱسْتِحْقَاقٌ فِي بَيْتِ ٱلْمَالِ يُعْطَى وَلَدُهُ مِنْ بَعْدِهِ

قوله: (لم أره) نقل الشيخ عيسى الصفطي في رسالته ما نصه: قال أبو يوسف في كتاب الخراج: إن من كان مستحقاً في بيت المال وفرض له استحقاق فيه فإنه يفرض لذريته أيضاً تبعاً له، ولا يسقط بموته. وقال صاحب الحاوي: الفتوى على أنه يفرض لذراري العلماء، والفقهاء والمقاتلة، ومن كان مستحقاً في بيت المال لا يسقط ما فرض لذراريهم بموتهم اهـ ط.

قلت: لكن قول المتون الآتي «ومن مات في نصف الحول حرم من العطاء» ينافي ذلك، إلا أن يجاب بأن ما يجري على الذراري عطاء مستقل خاص بالذراري لا عطاء الميت بطريق الإرث بين جميع الورثة. تأمل. لكن ما مر عن الحاوي لم أره في الحاوي القدسي، ولا في الحاوي الزاهدي، وراجعت مواضع كثيرة من كتاب الخراج فلم أره فيه، والله أعلم. نعم قال الحموي في رسالته: وقد ذكر علماؤنا أنه يفرض لأولادهم تبعاً ولا يسقط بموت الأصل ترغيباً اهـ. وذكر العلامة المقدسي أن إعطاءهم بالأولى لشدة احتياجهم، سيما إذا كانوا يجتهدون في سلوك طريق آبائهم اهـ.

مَطْلَبٌ: مَنْ لَهُ وَظِيفَةٌ تُوَجَّهُ لِابْنِهِ مِنْ بَعْدِهِ

ونقل العلامة البيري عن الخزانة عن مبسوط فخر الإسلام: إذا مات من له وظيفة في بيت المال لحق الشرع وإعزاز الإسلام كأجر الإمامة والتأذين وغير ذلك مما فيه صلاح الإسلام والمسلمين وللميت أبناء يراعون ويقيمون حق الشرع وإعزاز الإسلام كما يراعي ويقيم الأب فللإمام أن يعطي وظيفة الأب لأبناء الميت لا لغيرهم، لحصول مقصود الشرع، وانجبار كسر قلوبهم اهـ.

مَطْلَبٌ: تَحْقِيقٌ مُهِمٌّ فِي تَوْجِيهِ ٱلْوَظَائِفِ لِلِابْنِ

قال البيري أقول: هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير تكير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغاراً على وظائف آبائهم مطلقاً من إمامة

فهذا مصرف جزية وخراج، ومصرف زكاة وعشر مر في الزكاة، ومصرف خمس وركاز مر في السير، وبقي رابع وهو لقطة وتركة بلا وارث، ودية مقتول بلا

وحطابة وغير ذلك عوناً مرغباً لهم لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد في الاشتغال بالعلم، وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعوّل على إفتائهم اهـ.

قلت: ومقتضاه تخصيص ذلك بالذكور دون الإناث، وأنت خبير بأن الحكم يدور مع علته، فإن العلة هي إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على تحصيل العلم، فإذا تبع الابن طريقة والده في الاشتغال في العلم، فذلك ظاهر، أما إذا أهمل ذلك واشتغل باللهو واللعب أو في أمور الدنيا جاهلاً غافلاً معطلاً للوظائف المذكورة، أو ينيب غيره من أهل العلم بشيء قليل ويصرف باقي ذلك في شهواته، فإنه لا يحل لما فيه من أخذ وظائف العلماء وتركهم بلا شيء يستعينون به على العلم كما هو الواقع في زماننا، فإن عامة أوقاف المدارس والمساجد والوظائف في أيدي جهلة أكثرهم لا يعلمون شيئاً من فرائض دينهم، ويأكلون ذلك بلا مباشرة ولا إنابة بسبب تمسكهم بأن خبز الأب للابن، فيتوارثون الوظائف أباً عن جد كلهم جهلة كالأنعام، ويتكبرون بذلك فراعنة ويتصدرون في البلدة حتى أدى ذلك إلى اندراس المدارس والمساجد، وأكثرها صار بيوتاً باعوها أو بساتين استغلوها، ومن أراد أن يطلب العلم لا يجد له مأوى يسكنه ولا شيئاً يأكله فيضطر إلى أن يترك العلم ويكتسب. ووقع في زماننا أن رجلاً من أكابر دمشق مات عن ولد أجهل منه لا يقرأ ولا يكتب، فوجهت من وظائفه تولية مسجد ومدرسة على رجلين من أعلم علماء دمشق، فذهب ولده وعزلهما عن ذلك بالرشوة. وفي أواخر الفن الثالث من الأشباه: إذا ولى السلطان مدرساً ليس بأهل لم تصح توليته. وفي البزازية: السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين: بمنع المستحق، وإعطاء غيره اهـ. ففي توجيه هذه الوظائف لأبناء هؤلاء الجهلة ضياع العلم والدين، وإعانتهم على ضرر المسلمين، فيجب على ولاة الأمور توجيهها على أهلها ونزعها من أيدي غير الأهل، وإذا مات أحد من أهلها توجه على ولده، فإن لم يخرج على طريقة والده يعزل عنها وتوجه للأهل، إذ لا شك أن غرض الواقف إحياء ما أوقفه من ذلك، فكل ما كان فيه تضييعه فهو مخالف لغرض الشرع والواقف، هذا هو الحق الذي لا محيد عنه ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. قوله: (فهذا) أي ما ذكر من المصارف، وقوله: فمصرف جزية وخراج أي ونحوهما مما ذكر معهما. قوله: (مر في الزكاة) أي في باب المصرف. قوله: (مر في السير) أي في فصل كيفية القسمة. قوله: (وبقي رابع) تقدم هذا مع الثلاثة التي قبله نظماً لابن الشحنة في آخر باب العشر من

ولي، ومصرفها لقيط فقير وفقير بلا ولي. وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع بيتاً يخصه وله أن يستقرض من أحدها ليصرفه للآخر ويعطي بقدر الحاجة والفقه والفضل، فإن قصر كان الله عليه حسيباً. زيلعي. وفي الحاوي: المراد بالحافظ في حديث «لِحَافِظِ القُرْآنِ مَائَتَا دِينَارٍ» هو المفتي اليوم، ولا شيء للذمي في بيت

كتاب الزكاة، وقدمنا الكلام عليها. قوله: (وفقير بلا ولي) أي ليس له من تجب نفقته عليه. قال في البحر: يعطون منه نفقتهم وأدويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم اهـ.

تنبيه: قال في الأحكام: العلماء يستحقون من النوع الأول بالعمل مع الغنى، ومن النوع الثاني بصفة الفقر ونحوه، ومن النوع الثالث بأحد صفات مستحقيه، ومن النوع الرابع بصفة المرض ونحوه، ومن خص استحقاقهم بالأول نظر إلى محض صفة العلم اهـ. قوله: (بيتاً يخصه) فلا يخلط بعضه ببعض، لأن لكل نوع حكماً يختص به. زيلعي. قوله: (ليصرفه للآخر) أي لأهله. قال الزيلعي: ثم إذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه، إلا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء، فإنه لا يرد فيه شيئاً لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر، وكذا في غيره إذا صرفه إلى المستحق اهـ. قوله: (ويعطي بقدر الحاجة الخ) الذي في الزيلعي هكذا: ويجب على الإمام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة، فإن قصر في ذلك كان الله تعالى عليه حسيباً اهـ. وفي البحر عن القنية كان أبو بكر رضي الله تعالى عنه يسوّي في العطاء من بيت المال، وكان عمر رضي الله تعالى عنه يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل، والأخذ بهذا في زماننا أحسن فتعتبر الأمور الثلاثة اهـ. أي فله أن يعطي الأحوج أكثر من غير الأحوج، وكذا الأفقه والأفضل أكثر من غيرهما، وظاهره أنه لا تراعى الحاجة في الأفقه والأفضل، وإلا فلا فائدة في ذكرهما، ويؤيده أن عمر رضي الله تعالى عنه كان يعطي من كان له زيادة فضيلة من علم أو نسب أو نحو ذلك أكثر من غيره، وفي البحر أيضاً عن المحيط: والرأي إلى الإمام من تفضيل وتسوية من غير أن يميل في ذلك إلى هوى، وفيه عن القنية: وللإمام الخيار في المنع والإعطاء في الحكم اهـ.

قلت: ومثله في كتاب الخراج لأبي يوسف الذي خاطب به هارون الرشيد حيث قال: «فأما الزيادة أرزاق القضاة والعمال والولاة والنقصان مما يجري عليهم، فذلك إليك: من رأيت أن تزيده من الولاة والقضاة في رزقهم فزدهم، ومن رأيت أن تحط رزقه حططته». قوله: (هو المفتي اليوم) لأنهم كانوا يحفظون القرآن ويعلمون

المال إلا أن يهلك لضعفه فيعطيه ما يسدّ جوعته (ومن مات) ممن ذكر (في نصف الحول حرم من العطاء) لأنه صلة فلا تملك إلا بالقبض، وأهل العطاء في زماننا القاضي والمفتي والمدرس. صدر شريعة (ولو) مات (في آخره) أو بعد تمامه كما صححه أخي زاده (يستحب الصرف إلى قريبه) لأنه أوفى تعبه فيندب الوفاء له، ومن تعجله ثم مات أو عزل قبل الحول يجب رد ما بقي، وقيل لا، كالنفقة المعجلة. زيلعي (والمؤذن والإمام إذا كان لهما وقف ولم يستوفيا حتى ماتا فإنه يسقط) لأنه كالصلة (وكذلك القاضي وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة

أحكامه ط. قوله: (ممن ذكر) أي ممن يقوم بمصالح المسلمين، كالقضاة والغزاة ونحوهم. زيلعي. قوله: (في نصف الحول) المراد به ما قبل آخره بقرينة قوله: «ولو في آخره» ط. قوله: (حرم من العطاء) هو ما يثبت في الديوان باسم كل ممن ذكرنا، من المقاتلة وغيرهم، وهو كالجامكية في عرفنا إلا أنها شهرية، والعطاء سنوي. فتح. قوله: (لأنه صلة) ولذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت. فتح. قوله: (في زماننا) قال في العناية: وفي الابتداء كان يعطي كل من كان له ضرب مزية في الإسلام كأزواج النبي ﷺ وأولاده والمهاجرين والأنصار. قوله: (القاضي والمفتي والمدرس) عبارة البحر مثل القاضي، والمفتي والمدرس: وهي أولى لشمولها نحو المقاتلة اهـ ح.

قلت: وهي عبارة الهداية أيضاً. قوله: (أو بعد تمامه) هذا مفهوم بالأولى، لأنه إذا استحب الصرف إلى القريب قبل التمام فبعده أولى. قوله: (فيندب الوفاء له) قال في الفتح: والوجه يقتضي الوجوب، لأن حقه تأكد بإتمام عمله في السنة، كما قلنا: إنه يورث سهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ، وإن لم يثبت له ملك، وقول فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته، فأما قبل ذلك فلا، إلا على قدر عنائه يقتضي أن يعطي حصته من العام اهـ. قوله: (قيل يجب الخ) عبارة الزيلعي: قيل يجب ردّ ما بقي من السنة، وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع، وعندهما: لا يرجع: هو يعتبره بالإنفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة اهـ. ونقل في الشرنبلالية تصحيح وجوب الرد عن الهداية والكافي، ولكني لم أره فيهما في هذا الموضع، فليراجع.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُؤَذِّنُ أَوِ الإِمَامُ قَبْلَ أَخْذِ وَظِيفَتِهِمَا

قوله: (فإنه يسقط الخ) حاصله: أن ما يأخذه الإمام والمؤذن من الوقف بمنزلة ما يأخذه القاضي ونحوه من بيت المال، نظراً إلى أنه في معنى الصلة لا تملك إلا بالقبض، كما مر. قوله: (وقيل لا يسقط الخ) أي ما يأخذه الإمام والمؤذن. قال وفي

وهذا ثابت في نسخ الشرح، ساقط من نسخ المتن هنا، وتمامه في الدرر وقد لخصناه في الوقف.

بَابُ الْمُرْتَدِّ

هو لغة: الراجع مطلقاً، وشرعاً: (الراجع عن دين الإسلام. وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الإيمان) وهو تصديق محمد ﷺ في جميع ما جاء به

الشرنبلالية: جزم في البغية تلخيص القنية بأنه يورث، بخلاف رزق القاضي كما في الأشباه والنظائر اهـ.

قلت: ووجهه ما أشار إليه الشارح تبعاً للدرر بقوله: «لأنه كالأجرة» أي فيه معنى الأجرة ومعنى الصلة، فليس أجرة من كل وجه، لكن وجه الأجرة فيه أرجح لجواز أخذ الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم كما أفتى به المتأخرون، بخلاف القضاء وغيره من الطاعات فإنه لا يجوز أصلاً، ولعل وجه القول الأول ترجيح معنى الصلة في الكل بناء على أصل المذهب من عدم جواز الأجرة على شيء من الطاعات، لكن الفتوى على قول المتأخرين فلذا جزم في البغية بالقول الثاني، وفرق بين الإمام والقاضي كما قدمناه قبيل فصل في كيفية القسمة؛ وقدمنا هناك عن الطرسوسي وغيره أن المدرس ونحوه إذا مات في أثناء السنة يعطى بقدر ما باشر فقط، بخلاف الوقف على الأولاد والذرية، فإن المعتبر فيهم ظهور الغلة فمن مات بعد ظهورها استحق لا قبله؛ وقدمنا هناك أيضاً عن المفتي أبي السعود مثل ذلك، وأن المدرس الثاني يستحق الوظيفة من وقت توجيه السلطان. قوله: (وهذا) أي قوله: «والمؤذن» الخ وقد نقله في الدرر عن فوائد صاحب المحيط. قوله: (وتمامه في الدرر) قال فيها وفي فوائد صدر الإسلام طاهر بن محمود: قرية فيها أراضي الوقف على إمام المسجد يصرف إليه غلتها وقت الإدراك، فأخذ الإمام الغلة وقت الإدراك وذهب عن تلك القرية لا يسترد منه حصة ما بقي من السنة، وهو نظير موت القاضي وأخذ الرزق، ويحل للإمام أكل ما بقي من السنة إن كان فقيراً، وكذلك الحكم في طلبة العلم في المدارس، والله سبحانه أعلم.

بَابُ الْمُرْتَدِّ

شروع في بيان أحكام الكفر الطارىء بعد بيان الأصلي: أي الذي لم يسبقه إيمان. قوله: (وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان) هذا بالنسبة إلى الظاهر الذي يحكم به الحاكم، وإلا فقد تكون بدونه كما لو عرض له اعتقاد باطل أو نوى أن يكفر بعد حين. أفاده ط. قوله: (بعد الإيمان) خرج به الكافر إذا تلفظ بمكفر، فلا يعطى حكم المرتد ط. نعم قد يقتل الكافر ولو امرأة إذا أعلن بشتمه ﷺ كما مر في الفصل السابق. قوله: (هو تصديق الخ) معنى التصديق قبول القلب وإذعانه لما علم

عن الله تعالى مما علم مجيئه ضرورة، وهل هو فقط أو هو مع الإقرار؟ قولان، وأكثر الحنفية على الثاني، والمحققون على الأول، والإقرار شرط لإجراء الأحكام الدنيوية بعد الاتفاق على أنه يعتقد متى طولب به أتى به، فإن طولب به

بالضرورة أنه من دين محمد ﷺ بحيث تعلمه العامة من غير افتقار إلى نظر واستدلال، كالوحدانية والنبوة والبعث والجزاء، ووجوب الصلاة والزكاة وحرمة الخمر ونحوها اهـ. ح عن شرح المسايرة. قوله: (وهل هو فقط) أي وهل الإيمان التصديق فقط، وهو المختار عند جمهور الأشاعرة، وبه قال الماتريدي ح عن شرح المسايرة. قوله: (أو مع الإقرار) قال في المسايرة: وهو منقول عن أبي حنيفة، ومشهور عن أصحابه وبعض المحققين من الأشاعرة وقال الخوارج: هو التصديق مع الطاعة، ولذا كفروا بالذنب لانتفاء جزء الماهية. وقال الكرامية: هو التصديق باللسان فقط، فإن طابق تصديق القلب فهو مؤمن ناج، وإلا فهو مؤمن مخلد في النار اهـ ح.

قلت: وقد حقق في المسايرة أنه لا بد في حقيقة الإيمان من عدم ما يدل على الاستخفاف من قول أو فعل، ويأتي بيانه. قوله: (والإقرار شرط) هو من تتمة القول الأول ح. أما على القول الثاني فهو شطر، لأنه جزء من ماهية الإيمان، فلا يكون بدونه مؤمناً لا عند الله تعالى ولا في أحكام الدنيا، لكن بشرط أن يمرّ زمناً يتمكن فيه من الإقرار، وإلا فيكفيه التصديق اتفاقاً، كما ذكره التفتازاني في شرح العقائد. قوله: (لإجراء الأحكام الدنيوية) أي من الصلاة عليه، وخلفه والدفن في مقابر المسلمين والمطالبة بالعشور والزكوات ونحو ذلك ولا يخفى أن الإقرار لهذا الغرض لا بد أن يكون على وجه الإعلان والإظهار على الإمام وغيره من أهل الإسلام، بخلاف ما إذا كان لإتمام الإيمان فإنه يكفي مجرد التكلم وإن لم يظهر على غيره، كذا في شرح المقاصد. قوله: (بعد الاتفاق) أي بعد اتفاق القائلين بعدم اعتبار الإقرار قال في شرح المسايرة: واتفق القائلون بعدم اعتبار الإقرار على أنه يلزم المصدق أنه يعتقد أنه متى طولب به أتى به، فإن طولب به فلم يقر به فهو ـ أي كفه عن الإقرار ـ كفر عناد، وهذا ما قالوا: إن ترك العناد شرط، وفسروه به: أي فسروا ترك العناد بأن يعتقد أنه متى طولب بالإقرار أتى به اهـ. بقي ما لو لم يعتقد ذلك بأن كان خالي الذهن، أو اعتقد أنه متى طولب به لا يأتي به، لكنه عندما طولب به أتى به، فهل يكفي نظراً لحصول المقصود أو لا يكفي نظراً لاشتراطهم الاعتقاد السابق؟ فليحرر اهـ ح.

أقول: الظاهر أن المراد بالاشتراط المذكور نفي اعتقاد عدمه. أي لا يعتقد أنه متى طولب به لا يقرّ، وفي شرح المقاصد وشرح التحرير ما يفيده، ونصه. ثم الخلاف فيما إذا كان قادراً، وترك التكلم لا على وجه الإباء إذ العاجز كالأخرس مؤمن اتفاقاً،

فلم يقر فهو كفر عناد. قاله المصنف: وفي الفتح: من هزل بلفظ كفر ارتد، وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد. والكفر لغة: الستر. وشرعاً: تكذيبه ﷺ

والمصرّ على عدم الإقرار مع المطالبة به كافر وفاقاً، لكون ذلك من أمارات عدم التصديق، ولهذا أطبقوا على كفر أبي طالب. اهـ. فظهر أن خالي الذهن لو أتى به عند المطالبة مؤمن لعدم الإصرار على عدم الإقرار، ومن اعتقد عدم الإتيان به عندها ليس مؤمناً، فلو أتى به عندها كان ذلك إيماناً مستأنفاً، هذا ما ظهر لي. قوله: (من هزل بلفظ كفر) أي تكلم به باختياره غير قاصد معناه، وهذا لا ينافي ما مر من أن الإيمان هو التصديق فقط أو مع الإقرار، لأن التصديق وإن كان موجوداً حقيقة لكنه زائل حكماً، لأن الشارع جعل بعض المعاصي أمارة على عدم وجوده كالهزل المذكور، وكما لو سجد لصنم أو وضع مصحفاً في قاذورة فإنه يكفر وإن كان مصدقاً، لأن ذلك في حكم التكذيب، كما أفاده في شرح العقائد، وأشار إلى ذلك بقوله: للاستخفاف، فإن فعل ذلك استخفاف واستهانة بالدين فهو أمارة عدم التصديق، ولذا قال في المسايرة: وبالجملة فقد ضم إلى التصديق بالقلب، أو بالقلب واللسان في تحقيق الإيمان أمور الإخلال بها إخلال بالإيمان اتفاقاً، كترك السجود لصنم وقتل نبي والاستخفاف به، وبالمصحف والكعبة، وكذا مخالفة أو إنكار ما أجمع عليه بعد العلم به، لأن ذلك دليل على أن التصديق مفقود، ثم حقق أن عدم الإخلال بهذه الأمور أحد أجزاء مفهوم الإيمان، فهو حينئذ التصديق والإقرار وعدم الإخلال بما ذكر، بدليل أن بعض هذه الأمور تكون مع تحقق التصديق والإقرار، ثم قال: ولاعتبار التعظيم المنافي للاستخفاف كفر الحنفية بألفاظ كثيرة، وأفعال تصدر من المتهتكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء عمداً، بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافاً بها بسبب أنه فعلها ﷺ زيادة، أو استقباحها، كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أو إحفاء شاربه اهـ.

قلت: ويظهر من هذا أن ما كان دليل الاستخفاف يكفر به، وإن لم يقصد الاستخفاف، لأنه لو توقف على قصده لما احتاج إلى زيادة عدم الإخلال بما مر، لأن قصد الاستخفاف مناف للتصديق. قوله: (فهو ككفر العناد) أي ككفر من صدق بقلبه وامتنع عن الإقرار بالشهادتين عناداً ومخالفة، فإنه أمارة على عدم التصديق، وإن قلنا: إن الإقرار ليس ركناً. قوله: (والكفر لغة الستر) ومنه سمي الفلاح كافراً، لأنه يستر البذر في الأرض، ومنه كفر النعمة وهو موجود في المعنى الشرعي لأنه ستر ما وجب إظهاره. قوله: (تكذيبه ﷺ) المراد بالتكذيب عدم التصديق الذي مر: أي عدم الإذعان والقبول، لما علم مجيئه به ﷺ ضرورة: أي علماً ضرورياً لا يتوقف على نظر

في شيء مما جاء به من الدين ضرورة، وألفاظه تعرف في الفتاوى، بل أفردت

واستدلال، وليس المراد التصريح بأنه كاذب في كذا، لأن مجرد نسبة الكذب إليه ﷺ كفر، وظاهر كلامه تخصيص الكفر بجحد الضروري فقط، مع أن الشرط عندنا ثبوته على وجه القطع وإن لم يكن ضرورياً، بل قد يكون استخفافاً من قول أو فعل كما مر، ولذا ذكر في «المسايرة» أن ما ينفي الاستسلام أو يوجب التكذيب فهو كفر، فما ينفي الاستسلام كل ما قدمناه من الحنفية. أي مما يدل على الاستخفاف، وما ذكر قبله من قتل نبي إذ الاستخفاف فيه أظهر. وما يوجب التكذيب جحد كل ما ثبت من النبي ﷺ ادعاؤه ضرورة؛ وأما ما لم يبلغ حد الضرورة كاستحقاق بنت الابن السدس مع البنت بإجماع المسلمين، فظاهر كلام الحنفية الإكفار بجحده، فإنهم لم يشترطوا سوى القطع في الثبوت، ويجب حمله على ما إذا علم المنكر ثبوته قطعاً، لأن مناط التكفير وهو التكذيب أو الاستخفاف عند ذلك يكون، أما إذا لم يعلم فلا، إلا أن يذكر له أهل العلم ذلك فيلج اهـ.

مَطْلَبٌ فِي مُنْكِرِ الإِجْمَاعِ

وهذا موافق لما قدمناه عنه من أنه يكفر بإنكار ما أجمع عليه بعد العلم به، ومثله ما في نور العين عن شرح العمدة أطلق بعضهم أن مخالف الإجماع يكفر، والحق أن المسائل الإجماعية تارة يصحبها التواتر عن صاحب الشرع كوجوب الخمس وقد لا يصحبها، فالأول يكفر جاحده لمخالفته التواتر لا لمخالفته الإجماع اهـ. ثم نقل في نور العين عن رسالة الفاضل الشهير الحسام جلبي من عظماء علماء السلطان سليم بن بايزيد ما نصه: إذا لم تكن الآية أو الخبر المتواتر قطعي الدلالة أو لم يكن الخبر متواتراً، أو كان قطعياً لكن فيه شبهة، أو لم يكن الإجماع إجماع الجميع أو كان، ولم يكن إجماع الصحابة أو كان، ولم يكن إجماع جميع الصحابة، أو كان إجماع جميع الصحابة، ولم يكن قطعياً بأن لم يثبت بطريق التواتر، أو كان قطعياً لكن كان إجماعاً سكوتياً، ففي كل من هذه الصور لا يكون الجحود كفراً، يظهر ذلك لمن نظر في كتب الأصول، فاحفظ هذا الأصل فإنه ينفعك في استخراج فروعه حتى تعرف منه صحة ما قيل: إنه يلزم الكفر في موضع كذا، ولا يلزم في موضع آخر اهـ.

تنبيه: في البحر والأصل أن من اعتقد الحرام حلالاً فإن كان حراماً لغيره كمال الغير لا يكفر، وإن كان لعينه: فإن كان دليله قطعياً كفر، وإلا فلا. وقيل التفصيل في العالم، أما الجاهل فلا يفرق بين الحرام لعينه ولغيره. وإنما الفرق في حقه أن ما كان قطعياً كفر به، وإلا فلا يكفر إذا قال: الخمر ليس بحرام: وتمامه فيه. قوله: (بل أفردت بالتأليف) من أحسن ما ألف فيها ما ذكره في آخر نور العين، وهو تأليف مستقل، ومن

بالتأليف، مع أنه لا يفتي بالكفر بشيء منها إلا فيما اتفق المشايخ عليه، كما سيجيء. قال في البحر: وقد ألزمت نفسي أن لا أفتي بشيء منها.

(وشرائط صحتها العقل) والصحو (والطوع) فلا تصح ردة مجنون، ومعتوه

ذلك كتاب الإعلام في قواطع الإسلام لابن حجر المكي، ذكر فيه المكفرات عند الحنفية والشافعية وحقق فيه المقام، وقد ذكر في البحر جملة من المكفرات.

مَطْلَبٌ: مَا يُشَكُّ أَنَّهُ رِدَّةٌ لَا يُحْكَمُ بِهَا

قوله: (قال في البحر الخ) سبب ذلك ما ذكره قبله بقوله وفي: «جامع الفصولين» روى الطحاوي عن أصحابنا: لا يخرج الرجل من الإيمان إلا جحود ما أدخله فيه، ثم ما تيقن إنه ردة يحكم بها، وما يشك أنه ردة لا يحكم بها، إذ الإسلام الثابت لا يزول بالشك مع أن الإسلام يعلو، وينبغي للعالم إذا رفع إليه هذا أن لا يبادر بتكفير أهل الإسلام مع أنه يقضي بصحة إسلام المكره.

أقول: قدمت هذا ليصير ميزاناً فيما نقلته في هذا الفصل من المسائل، فإنه قد ذكر في بعضها: أنه كفر، مع أنه لا يكفر على قياس هذه المقدمة، فليتأمل اهـ. ما في جامع الفصولين. وفي الفتاوى الصغرى: الكفر شيء عظيم فلا أجعل المؤمن كافراً متى وجدت رواية أنه لا يكفر اهـ. وفي الخلاصة وغيرها: إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنعه، فعلى المفتي أن يميل إلى الوجه الذي يمنع التكفير تحسيناً للظن بالمسلم. زاد في البزازية: إلا إذا صرح بإرادة موجب الكفر فلا ينفعه التأويل ح. وفي التاترخانية: لا يكفر بالمحتمل، لأن الكفر نهاية في العقوبة فيستدعي نهاية في الجناية ومع الاحتمال لا نهاية اهـ. والذي تحرر أنه لا يفتي بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن، أو كان في كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة، فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لا يفتي بالتكفير فيها، وقد ألزمت نفسي أن لا أفتي بشيء منها اهـ. كلام البحر باختصار. قوله: (والطوع) أي الاختيار احترازاً عن الإكراه، ودخل فيه الهازل كما مر، لأنه يعد مستخفاً لتعمده التلفظ به، وإن لم يقصد معناه. وفي البحر عن الجامع الأصغر: إذا أطلق الرجل كلمة الكفر عمداً لكنه لم يعتقد الكفر: قال بعض أصحابنا: لا يكفر لأن الكفر يتعلق بالضمير ولم يعقد الضمير على الكفر، وقال بعضهم: يكفر، وهو الصحيح عندي لأنه استخف بدينه اهـ.

ثم قال في البحر: والحاصل أن من تكلم بكلمة الكفر هازلاً أو لاعباً كفر عند الكل، ولا اعتبار باعتقاده كما صرح به في الخانية، ومن تكلم بها خطأ أو مكرهاً لا يكفر عند الكل، ومن تكلم بها عامداً عالماً كفر عند الكل، ومن تكلم بها اختياراً جاهلاً بأنها كفر ففيه اختلاف اهـ. قوله: (ومعتوه) عزاه في نهر إلى السراج، وهو

وموسوس، وصبيٍّ لا يعقل، وسكران، ومكره عليها؛ وأما البلوغ والذكورة فليسا بشرط. بدائع. وفي الأشباه: لا تصح ردة السكران، إلا الردة بسب النبي ﷺ، فإنه يقتل ولا يعفى عنه (من ارتد عرض) الحاكم (عليه الإسلام استحباباً) على المذهب لبلوغه الدعوة (وتكشف شبهته) بيان لثمرة العرض (ويحبس) وجوباً،

____

لناقص العقل، وقيل المدهوش من غير جنون، كذا في المغرب. وفي أحكامات الأشباه أن حكمه حكم الصبيِّ العاقل، فتصح العبادات منه ولا تجب وقيل هو كالمجنون، وقيل كالبالغ العاقل اهـ.

قلت: والأول هو الذي صرح به الأصوليون، ومقتضاه أن تصح ردته لكنه لا يقتل كما هو حكم الصبيِّ العاقل. تأمل. ثم رأيت في الخانية قال: وأما ردة المعتوه فلم تذكر في الكتب المعروفة. قال مشايخنا: هو في حكم الردة بمنزلة الصبيِّ اهـ. قوله: (وموسوس) بالكسر ولا يقال بالفتح، ولكن موسوس له أو إليه: أي تلقى إليه الوسوسة. وقال الليث. الوسوسة حديث النفس، وإنما قيل موسوس لأنه يحدث بما في ضميره، وعن الليث لا يجوز طلاق الموسوس، قال. يعني المغلوب في عقله، وعن الحاكم: هو المصاب في عقله إذا تكلم يتكلم بغير نظام، كذا في المغرب. قوله: (وصبيٍّ لا يعقل) قدر عقله في فتاوى قارىء الهداية بأن يبلغ سبع سنين. نهر. وسيأتي آخر الباب. قوله: (وسكران) أي ولو من محرم لما في أحكامات الأشباه أن السكران من محرم كالصاحي إلا في ثلاث: الردة، والإقرار بالحدود الخالصة، والإشهاد على شهادة نفسه الخ. قوله: (ومكره عليها) أي على الردة، والمراد الإكراه بملجىء من قتل أو قطع عضو أو ضرب مبرح فإنه يرخص له أن يظهر ما أمر به على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، ولا تبين زوجته استحساناً كما سيجيء في بابه. قوله: (فليسا بشرط) هذا في الذكورة بالاتفاق وأما في البلوغ فعندهما خلافاً لأبي يوسف كما يأتي آخر الباب ح. قوله: (فإنه يقتل ولا يعفى عنه) قيده في البحر بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختاراً بلا إكراه، وإلا فهو كالمجنون اهـ ح.

قلت: وما جزم به الشارح من أنه لا يعفى عنه: أي إن تاب سيأتي ما يخالفه. قوله: (من ارتد) أي عن الإسلام، فلو أن اليهودي تنصر أو تمجس، أو النصراني تهوّد أو تمجس لم يجبر على العود لما كان عليه، لأن الكفر كله ملة واحدة كما في البرجندي وغيره. در منتقى، وسيذكره المصنف. قوله: (الحاكم) أي الإمام أو القاضي. بحر. قوله: (لبلوغه الدعوة) مصدر مضاف للمفعول، والدعوة فاعل اهـ ح. قال في البحر: وعرض الإسلام هو الدعوة إليه، ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة. قوله: (بيان لثمرة العرض) الظاهر أن ثمرة العرض: الإسلام والنجاة من القتل، وأما

وقيل ندباً (ثلاثة أيام) يعرض عليه الإسلام في كل يوم منها. خانية (إن استمهل) أي طلب المهلة، وإلا قتله من ساعته، إلا إذا رجي إسلامه. بدائع؛ وكذا لو ارتد ثانياً لكنه يضرب، وفي الثالثة يحبس أيضاً حتى تظهر عليه التوبة، فإن عاد فكذلك. تاترخانية.

قلت: لكن نقل في «الزواهر» عن آخر حدود الخانية معزياً للبلخي ما يفيد

هذا فهو ثمرة التأجيل ثلاثة أيام، لأن من انتقل عن الإسلام والعياذ بالله تعالى لا بد له غالباً من شبهة تنكشف له إن أبداها في هذه المدة. تأمل. قوله: (وقيل ندباً) أي وإن استمهل، وظاهر الرواية الأولى، وهو أنه لا يمهل بدون استمهال كما في البحر. قوله: (إن استمهل) أي بعد العرض للتفكر. قهستاني. قوله: (وإلا قتله) أي بعد عرض الإسلام عليه وكشف شبهته ط. قوله: (إلا إذا رجي إسلامه) أي فإنه يمهل، وهل هو حينئذ واجب أو مستحب؟ محل تردد، والظاهر الثاني. تأمل. قوله: (لكنه يضرب الخ) أي إذا ارتد ثانياً ثم تاب ضربه الإمام وخلى سبيله، وإن ارتد ثالثاً ثم تاب ضربه ضرباً وجيعاً وحبسه حتى تظهر عليه آثار التوبة ويرى أنه مخلص ثم خلى سبيله، فإن عاد عاد به هكذا. بحر عن التاترخانية. وفي الفتح: فإن ارتد بعد إسلامه ثانياً قبلنا توبته أيضاً. وكذا ثالثاً ورابعاً، إلا أن الكرخي قال: فإن عاد بعد الثالثة يقتل إن لم يتب في الحال ولا يؤجل، فإن تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد، ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله، فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبداً ما دام يرجع إلى الإسلام. قال الكرخي: هذا قول أصحابنا جميعاً: إن المرتد يستتاب أبداً، وما ذكره الكرخي مروي في النوادر، قال: إذا تكرر ذلك منه يضرب ضرباً مبرحاً ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه اهـ. وذلك لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ﴾ [التوبة: ٥] الآية. وعن ابن عمر وعلي: لا تقبل توبة من تكررت ردته كالزنديق، وهو قول مالك وأحمد والليث. وعن أبي يوسف: لو فعل ذلك مراراً يقتل غيلة، وفسره بأن ينتظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف اهـ. باختصار.

وحاصله أن ظاهر قوله وكذا ثالثاً ورابعاً أنه لو استمهل بعد الرابعة يؤجل ولا يحبس بعد التوبة. والذي نقله عن الكرخي أنه لا يؤجل بعد الرابعة بل يقتل إلا أن تاب فإنه يضرب ويحبس كما هو رواية النوادر وعن ابن عمر وغيره: يقتل ولا توبة له مثل الزنديق. قوله: (عن آخر حدود الخانية) ونصه: وحكي أنه كان ببغداد نصرانيان مرتدان، إذا أخذا تابا، وإذا تركا عادا إلى الردة. قال أبو عبد الله البلخي: يقتلان ولا تقبل توبتهما اهـ.

قتله بلا توبة، تتبه (فإن أسلم) فيها (وإلا قتل) لحديث «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[1] (وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان) سوى الإسلام (أو عما انتقل إليه) بعد نطقه بالشهادتين، وتمامه في الفتح؛ ولو أتى بهما على وجه العادة لم ينفعه ما لم يتبرأ. بزازية (وكره) تنزيهاً لما مر (قتله قبل العرض بلا ضمان) لأن الكفر مبيح للدم، قيد بإسلام المرتد

أقول: الظاهر أن البلخي اختار قول ابن عمر، ولا يصح بناؤه على رواية النوادر المارة عن الفتح كما لا يخفى، فافهم. قوله: (بلا توبة) أي بلا قبول توبة، وليس المراد أنه يقتل إن لم يتب؛ لأنه لا نزاع فيه. قوله: (وإلا قتل) أي ولو عبداً فيقتل وإن تضمن قتله إبطال حق المولى، وهذا بالإجماع لإطلاق الأدلة. فتح. قال في المنح: وأطلق فشمل الإمام وغيره، لكن إن قتله غيره أو قطع عضواً منه بلا إذن الإمام أدبه الإمام اهـ. وسيأتي متناً وشرحاً استثناء أربعة عشر لا يقتلون. قوله: (الحديث الخ) رواية أحمد والبخاري وغيرهما. زيلعي. قوله: (بعد نطقه بالشهادتين) كذا قيده في العناية والنهاية، وعزاه القهستاني إلى المبسوط والإيضاح وغيرهما وقال: وإنما لم يذكره لأن ذلك معلوم لكن مقتضى ما في الفتح عدم اعتماده، لأنه عبر عنه بقيل وكذا، تابع ظاهر المتون، وهو مفاد كلام الزيلعي، ويؤيده ما سيذكره في المتن من أن إنكاره الردة توبة ورجوع. وقد يوفق بحمل ما هو ظاهر المتون على الإسلام المنجي في الدنيا عن القتل. وما في الشروح من اشتراط النطق بالشهادتين أيضاً محمول على الإسلام الحقيقي النافع في الدنيا والآخرة. تأمل وذكر في الفتح أن الإقرار بالبعث والنشور مستحب. قوله: (على وجه العادة) أي بدون التبري. قال في البحر: وأفاد باشتراط التبري أنه لو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه ما لم يرجع عما قال، إذ لا يرتفع بهما كفره، كذا في البزازية وجامع الفصولين اهـ.

قلت: وظاهره اشتراط التبري وإن لم ينتحل ديناً آخر بأن كان كفره بمجرد كلمة ردة، والظاهر خلافه، وأن اشتراط التبري فيمن انتحل ديناً آخر إنما هو شرط لإجراء أحكام الدنيا عليه، أما بالنسبة لأحكام الآخرة فيكفيه التلفظ بالشهادتين مخلصاً، كما يدل عليه ما نذكره في إسلام العيسوية. قوله: (لما مر) أي من أن العرض مستحب، ويكره تحريماً عند من أوجبه. أفاده في شرح الملتقى ط. قوله: (قيد بإسلام المرتد) أي في قوله: «وإسلامه»[2].

---

(1) أخرجه البخاري ١٦/ ٢٦٧ (٦٩٢٢).

(2) وأما معنى الكافر.

فالكافر اسم فاعل من الكفر الذي هو في اللغة الجحود والإنكار، وفي الشرع ضد على

لأن الكفار أصناف خمسة: من ينكر الصانع كالدهرية، ومن ينكر الوحدانية كالثنوية، ومن يقر بهما لكن ينكر بعثة الرسل

مطلب في أن الكفار خمسة أصناف، وما يشترط في إسلامهم

قوله: (لأن الكفار) أي بكفر أصلي والمرتد كفره عارض. قوله: (كالدهرية) بضم الدال نسبة إلى الدهر بفتحها، سموا بذلك لقولهم: ﴿وَمَا يُهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ﴾ [الجاثية ٢٤] ح. قوله: (كالثنوية) وهم المجوس القائلون بإلهين أو كالمجوس كما في «أنفع الوسائل» ومقتضاه أنهم غيرهم، وهو الذي حققه ابن كمال باشا نقلاً عن

— المتكلمين تعريفه، فاختلفوا باختلافهم في تعريف الإيمان، فترى الشافعية يعرفونه بأنه إنكار ما علم مجيء الرسول به مما اشتهر حتى عرفه الخواص والعوام بينما الحنفية لا يشترطون في الإكفار سوى القطع بثبوت ذلك الأمر الذي تعلق به الإنكار لا بلوغ العلم به حد الضرورة عندهم، فإنكار وجود الصانع ونبوة محمد عليه السلام وحجية القرآن كفر على المذهبين لثبوت الأمر بكل منهم ثبوتاً بلغ الضرورة، وعلى ذلك فعباد الأصنام وأهل الكتاب كفار اتفاقاً وبه يكون الكفر اسم جنس تحته نوعان: أهل الكتاب الذين بدلوا كتابهم، وكذبوا الرسول عليه السلام، وعبدة الأوثان الذين عبدوا غير الله من صنم أو وثن أو كوكب.

وقد قسم بعض أهل العلم الكفر إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: كفر إنكار وهو أن لا يعرف الله أصلاً ككفر فرعون الذي يحكي عنه القرآن قوله: «ما علمت لكم من إله غيري»

النوع الثاني: كفر جحود، وهو أن يعرف الله بقلبه، ولا يقر بلسانه ككفر إبليس

النوع الثالث: كفر عناد، وهو أن يعرف الله بقلبه ويقر بلسانه، ولا يدين به ككفر أبي طالب

النوع الرابع: كفر نفاق، وهو أن يقر بلسانه ولا يعتقد صحة ذلك بقلبه، ويمكن أن نلمح من تلك الأنواع أن الكافر أعم من المشرك إذ المشرك يصدق على عبدة الأوثان دون أهل الكتاب. وأما الكافر فيصدق عليهما كما سبق بيانه آنفاً.

بقي بعد ذلك أن نعرف، هل أهل الكتاب يشملهم اسم الشرك كما شملهم اسم الكفر.

إننا لو تتبعنا القرآن الكريم لوجدناه جاء يصفهم بالشرك في بعض الآيات كما وردت آيات أخرى تفيد عدم شركهم.

فمن الأول قوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾، وقوله تعالى ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾ إلى أن قال تعالى: ﴿سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ سجلت الآيتان الشرك على أهل الكتاب بادعائهم بنوة عزير والمسيح لله، ولا شك أن من ادعى ذلك كان مشركاً، وصرحت الآية الثانية بشركهم.

ومما ورد من الآيات مفيداً عدم شركهم قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا﴾ وقوله تعالى: ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا﴾ وقوله تعالى: ﴿مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ﴾ عطف الله في تلك الآيات المشركين على أهل الكتاب، والعطف يفيد المغايرة فكانوا غيرهم

وحيث ورد القرآن بهذا وذاك كان علينا أن نلتمس الترجيح من طريق آخر هو اللغة، فوجدناها تفصل بين صفة الكتابية والمشرك ووضعت لكل لفظاً خاصاً بحقيقة، فمن هنا كان ما ورد في القرآن من وصف الكتابي بالشرك من باب المجاز، فيحمل إطلاق الشرك على مثل أهل الكتاب كما صح إطلاقه على من يرائي بعمله من المسلمين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا يُؤْمِنُ أَكْثَرُهُمْ بِاللَّهِ إِلَّا وَهُمْ مُشْرِكُونَ﴾.

كالفلاسفة، ومن ينكر الكل كالوثنية، ومن يقرّ بالكل، لكن ينكر عموم رسالة المصطفى ﷺ كالعيسوية، فيكتفي في الأولين بقول لا إله إلا الله،

الآمدي مع مشاركة الكل في اعتقاد أن أصل العالم النور والظلمة - أي النور المسمى «يزدان» وشأنه خلق الخير. والظلمة المسماة «أهرمن» وشأنها خلق الشر. قوله: (كالفلاسفة) أي قوم منهم كما في النهر، وإلا فجمهور الفلاسفة يثبتون الرسل على أبلغ وجه لقولهم بالإيجاب اهـ ح. أي باللزوم والتوليد لا بالاختيار لإنكارهم كونه تعالى مختاراً، وينكرون كونها بنزول الملك من السماء وكثيراً مما علم بالضرورة مجيء الأنبياء كحشر الأجساد والجنة والنار.

والحاصل أنهم وإن أثبتوا الرسل لكن لا على الوجه الذي يثبته أهل الإسلام كما ذكره في شرح المسايرة فصار إثباتهم بمنزلة العدم، وعليه فيصح إطلاق الشارح. تأمل. قوله: (كالوثنية) فيه أن الوثنية لا ينكرون الصانع تعالى كما لا يخفى ح. قال في شرح السير: وعبدة الأوثان كانوا يقرّون بالله تعالى، قال تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧] ولكن كانوا لا يقرّون بالوحدانية. قال تعالى: ﴿إِنَّهُمْ كَانُوا إِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا إِلَٰهَ إِلَّا اللَّهُ يَسْتَكْبِرُونَ﴾ [الصافات: ٣٥] اهـ. وهذا زاده في الدرر على ما في البدائع، وتبعه الشارح. والظاهر أن صاحب البدائع أدخله في الثنوية لأنهم جعلوا مع الله تعالى معبوداً ثانياً وهو أصنامهم، فهم منكرون للوحدانية كالمجوس، وحكمهم في الإسلام واحد كما تعرفه. قوله: (كالعيسوية) هم قوم من اليهود ينسبون إلى عيسى الأصفهاني اليهودي ح.

قلت: وعبارة البدائع: وصنف منهم يقرّون بالصانع وتوحيده والرسالة في الجملة، لكنهم ينكرون عموم رسالة رسولنا ﷺ وهم اليهود والنصارى. قال في النهر: وليس المراد كل النصارى بل طائفة منهم في العراق يقال لهم العيسوية، صرح بذلك في المحيط والخانية اهـ. قوله: (فيكتفي في الأولين الخ) عبارة البدائع: فإن كان من الصنف الأول أو الثاني فقال لا إله لا الله يحكم بإسلامه، لأن هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلاً، فإذا أقرّوا بها كان ذلك دليل إيمانهم، وكذلك إذا قال أشهد أن محمداً رسول الله، لأنهم يمتنعون عن كل واحدة من كلمتي الشهادة، فكان الإتيان بواحدة منهما أيتهما كانت دلالة الإيمان اهـ. أي ويلزم من الإيمان بإحداهما الإيمان بالأخرى، وهذا صريح في أن الثنوية ينكرون الرسالة فهم كالوثنية، فيكتفي في الكل بإحدى الكلمتين، وبه صرح في «أنفع الوسائل» فقال: إن عبدة الأوثان والنيران والمشرك في الربوبية والمنكر للوحدانية كالثنوية إذا قال الواحد منهم لا إله إلا الله يحكم بإسلامه، وكذا لو قال أشهد أن محمداً رسول الله أو قال أسلمت أو آمنت بالله. اهـ. وذكر قبله عن

وفي الثالث محمد رسول الله، وفي الرابع بأحدهما، وفي الخامس بهما مع التبري

المحيط أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقد يحكم بإسلامه، ونحوه في شرح السير الكبير. وبه علم أن ما في شرح المسايرة لابن أبي شريف الشافعي من أنه يكتفي في الثنوي والوثني بالشهادتين بدون تبري فهو على مذهبه: أو المراد به إحداهما، فافهم.
قوله: (وفي الثالث بقول محمد رسول الله) فلو قال لا إله إلا الله يحكم بإسلامه لأنه منكر الرسالة، ولا يمتنع عن هذه المقالة، ولو قال: أشهد أن محمداً رسول الله يحكم بإسلامه، لأنه يمتنع عن هذه الشهادة، فكان الإقرار بها دليل الإيمان. بدائع. ومقتضاه أن الإتيان بالثانية يكفيه، لأن المدار على الإقرار بخلاف معتقده. قوله: (وفي الرابع بأحدهما) علله في الدرر بأنه لا منكر للأمرين جميعاً. فبأيهما شهد دخل في دين الإسلام اهـ. وهذا التعليل موافق لما قدمناه عن البدائع، وبه صرح أيضاً في شرح السير الكبير، وزاد أنه لو قال أنا مسلم فهو مسلم، لأن عبدة الأوثان لا يدعون هذا الوصف لأنفسهم؛ بل يبرؤون على قصد المغايظة للمسلمين؛ وكذا لو قال أنا على دين محمد، أو على الحنفية أو على دين الإسلام وقد علمت أن هذا الرابع داخل في الأولين، والحكم في الكل واحد: وهو الاكتفاء بأحد اللفظين عن الآخر. وأن ما مر عن شرح المسايرة لا يدفع المنقول عندنا، فافهم.

مبحث في اشتراط التبري مع الإتيان بالشهادتين

قوله: (وفي الخامس بهما مع التبري الخ) ذكر ابن الهمام في المسايرة أن اشتراط التبري لإجراء أحكام الإسلام عليه لا لثبوت الإيمان فيما بينه وبين الله تعالى. فإنه لو اعتقد عموم الرسالة وتشهد فقط كان مؤمناً عند الله تعالى اهـ. ثم إن الذي في البدائع: لو أتى بالشهادتين لا يحكم بإسلامه حتى يتبرأ عن الدين الذي هو عليه وزاد في المحيط: لا يكون مسلماً حتى يتبرأ من دينه مع ذلك، ويقر أنه دخل في الإسلام، لأنه يحتمل أنه تبرأ من اليهودية ودخل في النصرانية، فإذا قال مع ذلك: «ودخلت في الإسلام» يزول هذا الاحتمال. وقال بعض مشايخنا: إذا قال دخلت في الإسلام يحكم بإسلامه وإن لم يتبرأ مما كان عليه، لأنه يدل على دخول حادث منه في الإسلام اهـ. ومثله في شرح السير الكبير.

قلت: اشتراط قوله ودخلت في دين الإسلام ظاهر فيما إذا تبرأ من دينه فقط، إلا إذا تبرأ من كل دين يخالف دين الإسلام فلا يحتاج إليه لعدم الاحتمال المذكور، فلذا لم يذكره الشارح مع صيغة التبري التي ذكرها. والظاهر أنه لو أتى بالشهادتين وصرح بتعميم الرسالة إلى بني إسرائيل وغيرهم أو قال أشهد أن محمداً رسول الله إلى كافة الخلق الإنس والجن: يكفي عن التبري أيضاً، كما صرح به الشافعية.

من كل دين يخالف دين الإسلام. بدائع وآخر كراهية الدرر. وحينئذ فيستفسر من جهل حاله، بل عمم في الدرر اشتراط التبري من كل يهودي ونصراني، ومثله في

تنبيه: قال في الفتح: إن اشتراط التبري إنما هو فيمن بين أظهرنا منهم، وأما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم، أو قال دخلت في دين الإسلام، أو دين محمد ﷺ فهو دليل إسلامه، فكيف إذا أتى بالشهادتين، لأن في ذلك الوقت ضيقاً، وقوله هذا إنما أراد به الإسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر، فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك اهـ.

قلت: وإنما اكتفى عليه الصلاة والسلام بالشهادتين، لأن أهل زمنه كانوا منكرين لرسالته أصلاً كما يأتي.

ثم اعلم أنه يؤخذ من مسألة العيسوي أن من كان كفره بإنكار أمر ضروري، كحرمة الخمر مثلاً أنه لا بد من تبريه مما كان يعتقده لأنه كان يقر بالشهادتين معه فلا بد من تبريه منه كما صرح به الشافعية، وهو ظاهر. قوله: (فيستفسر من جهل حاله) ذكر ذلك في النهر بعد أن ذكر أنه ليس كل اليهود والنصارى كذلك بل طائفة منهم يقال لهم العيسوية، فقال: وعلى هذا فينبغي أن يستفسر الآتي بالشهادتين منهم إن جهل حاله اهـ: أي فإن ادعى أنه عيسوي يعتقد تخصيص الرسالة بغير بني إسرائيل لا يصح إسلامه إلا بالتبري، وإن ادعى أنه ينكرها مطلقاً اكتفى بالشهادتين، فافهم. قوله: (بل عمم في الدرر الخ) في البحر أول الجهاد عن الذخيرة: أما اليهود والنصارى فكان إسلامهم في زمنه عليه الصلاة والسلام بالشهادتين لأنهم كانوا ينكرون رسالته ﷺ، وأما اليوم ببلاد العراق فلا يحكم بإسلامه بهما ما لم يقل تبرأت عن ديني ودخلت في دين الإسلام، لأنهم يقولون: إنه رسول إلى العرب والعجم لا إلى بني إسرائيل كذا صرح به محمد اهـ. وفي شرح السير للسرخسي: وأما اليهود والنصارى اليوم بين ظهراني المسلمين فإذا أتى واحد منهم بالشهادتين لا يكون مسلماً، لأنهم جميعاً يقولون هذا: ليس من نصراني ولا يهودي عندنا نسأله إلا قال هذه الكلمة، فإذا استفسرته قال رسول الله إليكم لا إلى بني إسرائيل، ثم قال: ولو قال أنا مسلم لم يكن مسلماً بهذا، لأن كل فريق يدعي ذلك لنفسه، فالمسلم هو المستسلم للحق، وكل ذي دين يدعي أنه منقاد للحق، وكان شيخنا الإمام يقول: إلا المجوس في ديارنا، فإن من يقول منهم أنا مسلم يصير مسلماً، لأنهم يأبون هذه الصفة لأنفسهم ويسبون به أولادهم ويقولون فيا مسلمان اهـ.

قلت: وما عزاه إلى شيخه: يعني الإمام الحلواني جزم به في محل آخر، وقدمنا عنه قريباً في الوثني أنه يصير مسلماً بقوله أنا مسلم أو على دين محمد أو الحنيفية أو الإسلام، فعلى هذا يقال كذلك في اليهود والنصارى في بلادنا، فإنهم يمتنعون من قول

فتاوى المصنف وابن نجيم وغيرهما. وفي رهن فتاوى قارىء الهداية: كذا أفتى علماؤنا. والذي أفتى به صحته بالشهادتين بلا تبري، لأن التلفظ بها صار علامة على الإسلام فيقتل إن رجع ما لم يعد (و) اعلم أنه

أنا مسلم، حتى أن أحدهم إذا أراد منع نفسه عن أمر يقول: إن فعلته أكون مسلماً.

فإذا قال أنا مسلم طائعاً فهو دليل إسلامه وإن لم يسمع منه النطق بالشهادتين، كما صرح به في شرح السير فيمن صلى بجماعة فإنه يحكم بإسلامه، وبأنه يحكم بالإسلام بمجرد سيما المسلمين في حق الصلاة عليه إذا مات، وكذا يمتنعون من النطق بالشهادتين أشد الامتناع، فإذا أتى بهما طائعاً يجب الحكم بإسلامه لأنه فوق السيما، إذ لا شك أن محمداً إنما اشترط التبري بناء على ما كان في زمنه من إقرارهم بالرسالة، على خلاف ما كان في زمن النبي ﷺ من إنكارها، فإذا أنكروها في زماننا وامتنعوا من النطق بالشهادتين يجب أن يرجع الأمر إلى ما كان في زمنه ﷺ، إذ لم يبق وجه للعدول عنه. على أن محمداً إنما حكم على ما كان في بلاد العراق لا مطلقاً كما يوهمه ما في الدرر، ومن هذا ذكر العلامة قاسم أنه سئل عن سامري أتى بالشهادتين ثم رجع فأجاب بما حاصله أنه ينظر في اعتقاده، فإنهم ذكروا أن بعض اليهود يخصص رسالة نبينا ﷺ بالعرب، وهذا لا يكفيه مجرد الشهادتين، بخلاف من ينكر الرسالة أصلاً، وبعض من أعمى الله قلبه جعلهم فرقة واحدة في جميع البلاد حتى حكم في نصراني منكر للرسالة تلفظ بالشهادتين ببقائه على النصرانية لم يتبرأ اهـ. ملخصاً.

والحاصل: أن الذي يجب التعويل عليه أنه إن جهل حاله يستفسر عنه، وإن علم كما في زماننا، فالأمر ظاهر، وهذا وجه ما يأتي عن قارىء الهداية. قوله: (لأن التلفظ به صار علامة على الإسلام الخ) أفاد بقوله: «صار» إلى أن ما كان في زمن الإمام محمد تغير، لأنهم في زمنه ما كانوا يمتنعون عن النطق بها فلم تكن علامة الإسلام فلذا شرط معها التبري. أما في زمن قارىء الهداية فقد صارت علامة الإسلام، لأنه لا يأتي بها إلا المسلم كما في زماننا هذا، ولذا نقل في البحر أول كتاب الجهاد كلام قارىء الهداية ثم أعقب بقوله: «وهذا يجب المصير إليه في ديار مصر بالقاهرة، لأنه لا يسمع من أهل الكتاب فيها الشهادتان، ولذا قيده محمد بالعراق» اهـ. ومثله في شرح العلامة المقدسي. ونقل أيضاً في الدر المنتقى كلام قارىء الهداية، ثم قال: وبه أفتى أحمد بن كمال باشا. وفي شرح الملتقى لعبد الرحمن أفندي داماد: وأفتى البعض في ديارنا بإسلامه من غير تبرّ وهو المعمول به اهـ. فليحفظ اهـ. وقد أسمعناك آنفاً ما فيه الكفاية.

مَطْلَبٌ: الْإِسْلَامُ يَكُونُ بِالْفِعْلِ كَالصَّلَاةِ بِجَمَاعَةٍ

خاتمة: اعلم أن الإسلام يكون بالفعل أيضاً كالصلاة بجماعة أو الإقرار بها أو

(لا يفتي بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان في كفره خلاف ولو) كان ذلك (رواية ضعيفة) كما حرره في البحر، وعزاه في الأشباه إلى

الأذان في بعض المساجد أو الحج وشهود المناسك لا الصلاة وحده ومجرد الإحرام. بحر. وقدوم الشارح ذلك نظماً في أول كتاب الصلاة، وقدمنا الكلام عليه مستوفى، وذكرنا هناك أنه لا فرق في الإسلام بالفعل بين العيسوي وغيره، والمراد أنه دليل الإسلام فيحكم على فاعل ذلك به، وإلا فحقيقة الإسلام المنجية في الآخرة لا بد فيها من التصديق الجازم مع الإقرار بالشهادتين أو بدونه على الخلاف المار. قوله: **(لا يفتي بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن)** ظاهره أنه لا يفتى به من حيث استحقاقه للقتل ولا من حيث الحكم ببينونة زوجته.

وقد يقال: المراد الأول فقط، لأن تأويل كلامه للتباعد عن قتل المسلم بأن يكون قصد ذلك التأويل، وهذا لا ينافي معاملته بظاهر كلامه فيما هو حق العبد وهو طلاق الزوجة وملكها لنفسها، بدليل ما صرحوا به من أنهم إذا أراد أن يتكلم بكلمة مباحة فجرى على لسانه كلمة الكفر خطأ بلا قصد لا يصدقه القاضي، وإن كان لا يكفر فيما بينه وبين ربه تعالى، فتأمل ذلك وحرره نقلاً، فإني لم أر التصريح به؛ نعم سيذكر الشارح أن ما يكون كفراً اتفاقاً يبطل العمل والنكاح، وما فيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النكاح اهـ. وظاهره أنه أمر احتياط.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ مَنْ شَتَمَ دِينَ مُسْلِمٍ

ثم إن مقتضى كلامهم أيضاً أنه لا يكفر بشتم دين مسلم: أي لا يحكم بكفره لإمكان التأويل. ثم رأيته في «جامع الفصولين» حيث قال بعد كلام: أقول: «وعلى هذا ينبغي أن يكفر من شتم دين مسلم، ولكن يمكن التأويل بأن مراده أخلاقه الرديئة ومعاملته القبيحة لا حقيقة دين الإسلام، فينبغي أن لا يكفر حينئذ، والله تعالى أعلم» اهـ. وأقره في «نور العين» ومفهومه أنه لا يحكم بفسخ النكاح، وفيه البحث الذي قلناه. وأما أمره بتجديد النكاح فهو لا شك فيه احتياطاً، خصوصاً في حق الهمج الأرذال الذين يشتمون بهذه الكلمة، فإنهم لا يخطر على بالهم هذا المعنى أصلاً. وقد سئل في «الخيرية» عمن قال له الحاكم أرضى بالشرع فقال لا أقبل: فأفتى مفت بأنه كفر وبانت زوجته فهل يثبت كفره بذلك؟ فأجاب: بأنه لا ينبغي للعالم أن يبادر بتكفير أهل الإسلام، إلى آخر ما حرره في البحر. وأجاب قبله في مثله بوجوب تعزيره وعقوبته. قوله: **(ولو رواية ضعيفة)** قال الخير الرملي: أقول ولو كانت الرواية لغير أهل مذهبنا، ويدل على ذلك اشتراط كون ما يوجب الكفر مجمعاً عليه اهـ. قوله: **(كما حرره في البحر)** قدمنا عبارته

الصغرى. وفي الدرر وغيرها: إذا كان في المسألة وجوه توجب الكفر وواحد يمنعه، فعلى المفتي الميل لما يمنعه، ثم لو نيته ذلك فمسلم، وإلا لم ينفعه حمل المفتي على خلافه، وينبغي التعوّذ بهذا الدعاء صباحاً ومساء، فإنه سبب العصمة من الكفر بوعد الصادق الأمين ﷺ «اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ أَنْ أُشْرِكَ بِكَ شَيْئاً وَأَنَا أَعْلَمُ، وَأَسْتَغْفِرُكَ لِمَا لَا أَعْلَمُ، إِنَّكَ أَنْتَ عَلَّامُ الْغُيُوبِ».

وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس. درر.

قبيل قوله: «وشرائط صحتها». قوله: (وجوه) أي احتمالات لما مرّ في عبارة البحر عن التاترخانية أنه لا يكفر بالمحتمل. قوله: (وإلا) أي وإن لم تكن له نية ذلك الوجه الذي يمنع الكفر بأن أراد الوجه المكفر، أو لم تكن له نية أصلاً لم ينفعه تأويل المفتي لكلامه وحمله إياه على المعنى الذي لا يكفر، كما لو شتم دين مسلم وحمل المفتي الدين على الأخلاق الرديئة لنفي القتل عنه فلا ينفعه ذلك التأويل فيما بينه وبين ربه تعالى، إلا إذا نواه. قوله: (وينبغي التعوذ بهذا الدعاء صباحاً ومساء) تدخل أوراد الصباح من نصف الليل الأخير، والمساء من الزوال، هذا فيما عبر فيه بهما. وأما إذا عبر باليوم والليلة فيعتبران تحديداً من أولهما، فلو قدم المأمور به فيهما عليه لا يحصل له الموعود به. أفاده بعض من كتب على الجامع الصغير السيوطي. ط.

قلت: ولم أر في الحديث ذكر صباحاً ومساء، بل فيه ذكر ثلاثاً كما في الزواجر عن الحكيم الترمذي «ألا أدلك على ما يذهب الله به عنك صغار الشرك وكباره، تقول كل يوم ثلاث مرات: اللهم إني أعوذ بك أن أشرك بك شيئاً وأنا أعلم، وأستغفرك لما لا أعلم» وعند أحمد والطبراني «أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا الشِّرْكَ فَإِنَّهُ أَخْفَى مِنْ دَبِيبِ النَّمْلِ، وَقَالُوا: كَيْفَ نَتَّقِيهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: قُولُوا: اللَّهُمَّ إِنَّا نَعُوذُ بِكَ أَنْ نُشْرِكَ بِكَ شَيْئاً نَعْلَمُهُ، وَنَسْتَغْفِرُكَ لِمَا لَا نَعْلَمُهُ»[1].

مَطْلَبٌ: تَوْبَةُ الْيَأْسِ مَقْبُولَةٌ دُونَ إِيمَانِ الْيَأْسِ

قوله: (وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس) هو بالمثناة التحتية ضد الرجاء وقطع الطمع عن الحياة، وعلل قبولها في الدرر تبعاً للبزازية بأن الكافر أجنبيّ غير عارف بالله تعالى وابتدأ إيماناً وعرفاناً، والفاسق حاله حالة البقاء، والبقاء أسهل من الابتداء. والدليل على قبولها مطلقاً قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ﴾ [الشورى: ٢٥] اهـ. وقد أطال في آخر البزازية في هذه المسألة، ونقل قبله القول بعدم قبول كل منهما، وعزاه أيضاً إلى الحنفية والمالكية والشافعية، وانتصر له

---

(١) أخرجه أحمد ٤/ ٤٠٣ والدر المنثور ٤/ ٢٥٧.

وفيها أيضاً شهد نصرانيان على نصراني أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما، وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين. وفي النوازل: تقبل شهادة رجل

منلا علي القاري في [شرح بدء الأمالي] وقدمنا ذلك مبسوطاً في أول باب صلاة الجنائز.

مَطْلَبٌ: أَجْمَعُوا عَلَى كُفْرِ فِرْعَوْنَ

وأما إيمان اليأس، فذهب أهل الحق أنه لا ينفع عند الغرغرة، ولا عند معاينة عذاب الاستئصال، لقوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَكُ يَنفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا﴾ [غافر: ٨٥] ولذا أجمعوا على كفر فرعون، كما رواه الترمذي في تفسير سورة يونس، وإن خالف في ذلك الإمام العارف المحقق سيدي محيي الدين بن عربي في كتابه الفتوحات. قال العلامة ابن حجر في الزواجر: فإنا وإن كنا نعتقد جلالة قائله فهو مردود، فإن العصمة ليست إلا للأنبياء، مع أنه نقل عن بعض كتبه أنه صرح فيها بأن فرعون مع هامان وقارون في النار. وإذا اختلف كلام إمام فيؤخذ بما يوافق الأدلة الظاهرة ويعرض عما خالفها، ثم أطال في بيان رده.

مَطْلَبٌ فِي اسْتِثْنَاءِ قَوْمِ يُونُسَ

وذكر أيضاً أنه يستثنى من إيمان اليأس قوم يونس عليه السلام، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا قَوْمَ يُونُسَ﴾ [يونس: ٩٨] الآية، بناء على أن الاستثناء متصل، وأن إيمانهم كان عند معاينة عذاب الاستئصال، وهو قول بعض المفسرين بجعله كرامة وخصوصية لنبيهم، فلا يقاس عليها.

مَطْلَبٌ فِي إِحْيَاءِ أَبَوَيِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ مَوْتِهِمَا

ألا ترى أن نبينا ﷺ قد أكرمه الله تعالى بحياة أبويه له حتى آمنا به في حديث صححه القرطبي وابن ناصر الدين حافظ الشام وغيرهما، فانتفعا بالإيمان بعد الموت على خلاف القاعدة إكراماً لنبيه ﷺ، كما أحيا قتيل بني إسرائيل ليخبر بقاتله. وكان عيسى عليه السلام يحيي الموتى، وكذلك نبينا ﷺ أحيا الله تعالى على يديه جماعة من الموتى. وقد صح أن الله تعالى رد عليه ﷺ الشمس بعد مغيبها حتى صلى علي كرم الله وجهه العصر، فكما أكرم بعود الشمس والوقت بعد فواته، فكذلك أكرم بعود الحياة ووقت الإيمان بعد فواته. وما قيل إن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْأَلُ عَنْ أَصْحَابِ الْجَحِيمِ﴾ [البقرة: ١١٩] نزل فيهما لم يصح، وخبر مسلم «أبي وأبوك في النار» كان قبل علمه اهـ. ملخصاً وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب نكاح الكافر. قوله: (وفيها أيضاً شهد نصرانيان الخ) هذا ساقط من بعض النسخ، وسيذكره بعد قوله:

وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصراني بأنه أسلم اهـ.

(وكل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا) جماعة: من تكررت ردته على ما مر، و(الكافر بسب نبي) من الأنبياء فإنه يقتل حداً ولا تقبل توبته مطلقاً، ولو سب الله تعالى قبلت لأنه حق الله تعالى، والأول حق عبد لا يزول بالتوبة، ومن شك في عذابه وكفره كفر، وتمامه في الدرر في فصل الجزية معزياً للبزازية، وكذا لو أبغضه بالقلب. فتح وأشباه.

وفي فتاوى المصنف: ويجب إلحاق الاستهزاء والاستخفاف به لتعلق حقه أيضاً. وفيها سئل عمن قال لشريف: لعن الله والديك ووالدي الذين خلقوك. فأجاب: الجمع المضاف يعم ما لم يتحقق عهد، خلافاً لأبي هاشم وإمام

«وكل مسلم ارتد الخ». قوله: (على ما مر) أي عن الخانية معزياً للبلخي، لكن قدمنا أن المروي عن أصحابنا جميعاً خلافه.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ: فِي حُكْمِ سَابِّ الأَنْبِيَاءِ

قوله: (الكافر بسب نبي) في بعض النسخ والكافر بواو العطف، وهو المناسب. قوله: (فإنه يقتل حداً) يعني أن جزاءه القتل على وجه كونه حداً، ولذا عطف عليه قوله: «ولا تقبل توبته» لأن الحد لا يسقط بالتوبة، فهو عطف تفسير؛ وأفاد أنه حكم الدنيا، أما عند الله تعالى فهي مقبولة كما في البحر.

ثم اعلم أن هذا ذكره الشارح عبارة لصاحب الدرر والبزازية، وإلا فسيذكر خلافه ويأتي تحقيقه. قوله: (مطلقاً) أي سواء جاء تائباً بنفسه أو شهد عليه بذلك. بحر. قوله: (لأنه حق عبد[1]) فيه أن حق العبد لا يسقط إذا طالب به كحد القذف، فلا بد هنا من دليل يدل على أن الحاكم له هذه المطالبة ولم يثبت، وإنما الثابت أنه صلى الله عليه وسلم عفا عن كثيرين ممن آذوه وشتموه قبل إسلامهم، كأبي سفيان وغيره. قوله: (وتمامه في الدرر) حيث قال نقلاً عن البزازية. وقال ابن سحنون المالكي: أجمع المسلمون أن شاتمه كافر، وحكمه القتل، ومن شك في عذابه وكفره: كفر اهـ.

قلت: وهذه العبارة مذكورة في الشفاء للقاضي عياض المالكي، نقلها عنه البزازي وأخطأ في فهمها، لأن المراد بها ما قبل التوبة، وإلا لزم تكفير كثير من الأئمة المجتهدين القائلين بقبول توبته وسقوط القتل بها عنه. على أن من قال بقتله وإن تاب يقول: إنه إذا تاب لا يعذب في الآخرة كما صرحوا به، وقدمناه آنفاً فعلم أن المراد ما قلناه قطعاً. قوله: (والديك ووالدي الذين خلقوك) بكسر الدال على لفظ الجمع فيهما

---

(١) في ط (قوله لأنه حق عبد) هكذا بخطه والذي في الشرح (لأنه حق الله تعالى) والأول حق عبد

الحرمين كما في جمع الجوامع، وحينئذ فيعم حضرة الرسالة فينبغي القول بكفره، وإذا كفر بسببه لا توبة له على ما ذكره البزازي وتوارده الشارحون: نعم لو لوحظ قول أبي هاشم وإمام الحرمين باحتمال العهد فلا كفر، وهو اللائق بمذهبنا لتصريحهم بالميل إلى ما لا يكفر. وفيها: من نقص مقام الرسالة بقوله، بأن سبه ﷺ، أو بفعله بأن بغضه بقلبه؛ قتل حداً كما مر التصريح به، لكن صرح في آخر الشفاء بأن حكمه كالمرتد.

أو في أحدهما. قوله: (فيعم حضرة الرسالة) أي صاحبها ﷺ، وعليه لا يختص الحكم بالشريف بل غيره مثله؛ لأن آدم عليه السلام أبو جميع الناس ونوح الأب الثاني. قوله: (باحتمال العهد) المفهوم من العبارة السابقة أنهما يقولان بأنه لا يعم وإن لم يتحقق عهد. قوله: (فلا كفر) أي لوجود الخلاف في عمومه وتحقق الاحتمال فيه. قوله: (لكن صرح في آخر الشفاء الخ) هذا استدراك على ما في فتاوى المصنف. وعبارة الشفاء هكذا: قال أبو بكر بن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن من سب النبي ﷺ يقتل، وممن قال ذلك مالك بن أنس والليث وأحمد وإسحاق، وهو مذهب الشافعي، وهو مقتضى قول أبي بكر رضي الله تعالى عنه، ولا تقبل توبته عند هؤلاء، وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأهل الكوفة والأوزاعي في المسلم، لكنهم قالوا: هي ردة. وروى مثله الوليد بن مسلم عن مالك. وروى الطبراني مثله عن أبي حنيفة وأصحابه فيمن ينقصه ﷺ أو برىء منه أو كذبه اهـ.

وحاصله أنه نقل الإجماع على كفر الساب، ثم نقل عن مالك ومن ذكر بعده أنه لا تقبل توبته، فعلم أن المراد من نقل الإجماع على قتله قبل التوبة. ثم قال. وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه الخ: أي قال إنه يقتل: يعني قبل التوبة لا مطلقاً، ولذا استدرك بقوله لكنهم قالوا هي ردة: يعني ليست حداً ثم ذكر أن الوليد روى عن مالك مثل قول أبي حنيفة، فصار عن مالك روايتان في قبول التوبة وعدمه، والمشهور عنه العدم ولذا قدمه. وقال في الشفاء في موضع آخر: قال أبو حنيفة وأصحابه: من برىء من محمد ﷺ أو كذب به فهو مرتد حلال الدم إلا أن يرجع اهـ. فهذا تصريح بما علم من عبارته الأولى. وقال في موضع بعد أن ذكر عن جماعة من المالكية عدم قبول توبته: وكلام شيوخنا هؤلاء مبني على القول بقتله حداً لا كفراً. وأما على رواية الوليد عن مالك ومن وافقه على ذلك من أهل العلم فقد صرحوا أنه ردة. قالوا: ويستتاب منها، فإن تاب نكل وإن أبى قتل، فحكموا له بحكم المرتد مطلقاً، والوجه الأول أشهر وأظهر اهـ: يعني أن قول مالك بعدم قبول التوبة أشهر وأظهر مما رواه عنه الوليد، فهذا كلام الشفاء صريح في أن مذهب أبي حنيفة وأصحابه القول بقبول التوبة كما هو رواية

ومفاده قبول التوبة كما لا يخفى، زاد المصنف في شرحه: وقد سمعت من مفتي

الوليد من مالك، وهو أيضاً قول الثوري وأهل الكوفة والأوزاعي في المسلم. أي بخلاف الذمي إذا سب فإنه لا ينقض عهده عندهم كما مر تحريره في الباب السابق.

ثم إن ما نقله عن الشافعي خلاف المشهور عنه، والمشهور قبول التوبة على تفصيل فيه. قال الإمام خاتمة المجتهدين الشيخ تقي الدين السبكي في كتابه: «السيف المسلول على من سب الرسول»: حاصل المنقول عند الشافعية أنه متى لم يسلم قتل قطعاً، ومتى أسلم: فإن كان السب قذفاً فالأوجه الثلاثة هل يقتل أو يجلد أو لا شيء؟ وإن كان غير ذلك فلا أعرف فيه نقلاً للشافعية غير قبول توبته، وللحنفية في قبول توبته قريب من الشافعية، ولا يوجد للحنفية غير قبول التوبة. وأما الحنابلة فكلامهم قريب من كلام المالكية. والمشهور عن أحمد عدم قبول توبته، وعنه رواية بقبولها: فمذهبه كمذهب مالك سواء. هذا تحرير المنقول في ذلك اهـ ملخصاً. فهذا أيضاً صريح في أن مذهب الحنفية القبول وأنه لا قول لهم بخلافه، وقد سبقه إلى نقل ذلك أيضاً شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحنبلي في كتابه «الصارم المسلول على شاتم الرسول ﷺ» كما رأيته في نسخة منه قديمة عليها خطه حيث قال: وكذلك ذكر جماعة آخرون من أصحابنا: أي الحنابلة أنه يقتل ساب الرسول ﷺ، ولا تقبل توبته، سواء كان مسلماً أو كافراً، وعامة هؤلاء لما ذكروا المسألة قالوا خلافاً لأبي حنيفة والشافعي، وقولهما: أي أبي حنيفة والشافعي إن كان مسلماً يستتاب، فإن تاب وإلا قتل كالمرتد، وإن كان ذمياً، فقال أبو حنيفة: لا ينقض عهده: ثم قال بعد ورقة: قال أبو الخطاب: إذا قذف أم النبي ﷺ لا تقبل توبته، وفي الكافر إذا سبها ثم أسلم روايتان. وقال أبو حنيفة والشافعي: تقبل توبته في الحالين اهـ. ثم قال في محل آخر: قد ذكرنا أن المشهور عن مالك وأحمد أنه لا يستتاب ولا يسقط القتل عنه، وهو قول الليث بن سعد. وذكر القاضي عياض أنه المشهور من قول السلف وجمهور العلماء، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وحكي عن مالك وأحمد أنه تقبل توبته، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وهو المشهور من مذهب الشافعي بناء على قبول توبة المرتد اهـ. فهذا صريح كلام القاضي عياض في الشفاء والسبكي وابن تيمية وأئمة مذهبه، على أن مذهب الحنفية قبول التوبة بلا حكاية قول آخر عنهم، وإنما حكوا الخلاف في بقية المذاهب، وكفى بهؤلاء حجة لو لم يوجد النقل كذلك في كتب مذهبنا التي قبل البزازي ومن تبعه: مع أنه موجود أيضاً كما يأتي في كلام الشارح قريباً. وقد استوفيت الكلام على ذلك في كتاب سميته «تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام». قوله: (ومفاده قبول التوبة) أقول:

الحنفية بمصر شيخ الإسلام ابن عبد العال أن الكمال وغيره تبعوا البزازي والبزازي تبع صاحب [السيف المسلول] عزاه إليه، ولم يعزه لأحد من علماء الحنفية، وقد صرح في «النتف» و «معين الحكام» و «شرح الطحاوي» و «حاوي

بل هو صريح، ونص في ذلك كما علمته. قوله: (والبزازي تبع صاحب السيف المسلول) الذي قاله البزازي: إنه يقتل حداً، ولا توبة له أصلاً، سواء بعد القدرة عليه والشهادة، أو جاء تائباً من قبل نفسه كالزنديق لأنه حد وجب، فلا يسقط بالتوبة ولا يتصور فيه خلاف لأحد، لأنه تعلق به حق العبد إلى أن قال: ودلائل المسألة تعرف في كتاب [الصارم المسلول على شاتم الرسول] اهـ. وهذا كلام يقتضي منه غاية العجب، كيف يقول لا يتصور فيه خلاف لأحد بعد ما وقع فيه الأئمة المجتهدين مع صدق الناقلين عنهم كما أسمعناك وعزوه المسألة إلى كتاب «الصارم المسلول» وهو ابن تيمية الحنبلي يدل على أنه لم يتصفح ما نقلناه عنه من التصريح بأن مذهب الحنفية والشافعية قبول التوبة في مواضع متعددة، وكذلك صرح به السبكي في «السيف المسلول» والقاضي عياض في «الشفاء» كما سمعته، مع أن عبارة البزازي بطولها أكثرها مأخوذ من الشفاء.

فقد علم أن البزازي قد تساهل غاية التساهل في نقل هذه المسألة، وليته حيث لم ينقلها عن أحد من أهل مذهبنا بل استند إلى ما في الشفاء والصارم، أمعن النظر في المراجعة حتى يرى ما هو صريح في خلاف ما فهمه عن نقل المسألة عنهم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. فلقد صار هذا التساهل سبباً لوقوع المتأخرين عنه في الخطإ حيث اعتمدوا على نقله وقلدوه في ذلك، ولم ينقل أحد منهم المسألة عن كتاب من كتب الحنفية، بل المنقول قبل حدوث هذا القول من البزازي في كتبنا وكتب غيرنا خلافه. قوله: (وقد صرح في النتف الخ) أقول: ورأيت في كتاب الخراج لأبي يوسف ما نصه: وأيما رجل مسلم سبّ رسول الله ﷺ أو كذبه أو عابه أو تنقصه فقد كفر بالله تعالى وبانت منه امرأته، فإن تاب وإلا قتل؛ وكذلك المرأة، إلا أن أبا حنيفة قال: لا تقتل المرأة وتجبر على الإسلام اهـ. وهكذا نقل الخير الرملي في حاشية البحر: أن المسطور في كتب المذهب أنها ردة، وحكمها حكمها، ثم نقل عبارة النتف ومعين الحكام: والعجب منه أنه أفتى بخلافه في الفتاوى الخيرية.

رأيت بخط شيخ مشايخنا السائحاني في هذا المحل: والعجب كل العجب حيث سمع المصنف كلام شيخ الإسلام: يعني ابن عبد العال، ورأى هذه النقول كيف لا يشطب متنه عن ذلك. وقد أسمعني بعض مشايخي رسالة حاصلها أنه لا يقتل بعد الإسلام، وأن هذا هو المذهب اهـ. وكذلك كتب شيخ مشايخنا الرحتي هنا على نسخته

لزندقته» وعبّرها بأن حكمه كالمرتد «ولفظ الشفاء: من سبّ الرسول ﷺ فإنه مرتد وحكمه حكم المرتد ويفعل به ما يفعل بالمرتد انتهى، وهو ظاهر في قبول توبته كما مر عن الشفاء اهـ. فليحفظ.

قلت: وظاهر الشفاء أن قوله يا ابن ألف خنزير، أو يا ابن مائة كلب، وأن قوله لهاشمي لعن الله بني هاشم كذلك،

أن مقتضى كلام الشفاء وابن أبي جمرة في شرح مختصر البخاري في حديث «إن فريضة الحج أدركت أبي الخ»(1) أن مذهب أبي حنيفة والشافعي حكمه حكم المرتد، وقد علم أن المرتد تقبل توبته كما نقله هنا عن الشفاء وغيره، وإذا كان هذا في ساب الرسول ﷺ ففي ساب الشيخين أو أحدهما بالأولى، فقد ظهر أن المذهب كمذهب الشافعي قبول توبته، كما هو رواية ضعيفة عن مالك، وأن تحتم قتله مذهب مالك، ومن عداه فإنه إنما نقل عن أهل المذهب أو طرة مجهولة لم يعلم كاتبها، فكن على بصيرة في الأحكام، ولا تغتر بكل أمر مستغرب وتغفل عن الصواب، والله تعالى أعلم اهـ. وكذلك قال الحموي في حاشية الأشباه نقلاً عن بعض العلماء: إن ما ذكره صاحب الأشباه من عدم قبول التوبة قد أنكره عليه أهل عصره، وأن ذلك إنما يحفظ لبعض أصحاب مالك، كما نقله القاضي عياض وغيره. أما على طريقتنا فلا اهـ. وذكر في آخر كتابه غمز العيون أن العلامة النحرير الشهير بإحسام جلبي ألف رسالة في الرد على البزازي وقال في آخرها: وبالجملة قد تتبعنا كتب الحنفية فلم نجد القول بعدم قبول توبة الساب عندهم سوى ما في البزازية، وقد علمت بطلانه ومنشأ غلطه أول الرسالة اهـ. وسيذكر الشارح عن المحقق المفتي أبي السعود التصريح بأن مذهب الإمام الأعظم أنه لا يقتل إذا تاب ويكتفي بتعزيره. فهذا صريح المنقول عمن تقدم على البزازي ومن تبعه، ولم يستند هو ولا من تبعه إلى كتاب من كتب الحنفية، وإنما استند إلى فهم أخطأ فيه حيث نقل عمن صرح بخلاف ما فهمه كما قدمناه، وإن أردت زيادة البيان في المقام فارجع إلى كتابنا تنبيه الولاة والحكام. قوله: (وهو ظاهر في قبول توبته) المراد بقبول التوبة في الدنيا دفع القتل عنه، أما قبولها في الآخرة فهو محل وفاق، وأصرح منه ما قدمناه عن كتاب الخراج لأبي يوسف، فإن تاب وإلا قتل. قوله: (كذلك) أي يكون شتماً للنبي. لكن قوله يا ابن مائة كلب: إن قاله لشريف فهو كذلك يجري فيه الخلاف في قبول توبته وعدمه، وإلا فقد يكون له مائة أب ليس فيهم نبي

على أنه يمكن أن يكون مراده أنه يجتمع على أن المشتوم مائة كلب أو ألف

---

(1) أخرجه البخاري ٣/٣٧٨ (١٥١٣) ومسلم ٢/٩٧٣ (٤٠٧ - ١٣٣٤).

وأن شتم الملائكة كالأنبياء، فليحرر.

ومن حوادث الفتوى: ما لو حكم حنفي بكفره بسبّ نبي هل للشافعي أن يحكم بقبول توبته؟ الظاهر نعم، لأنها حادثة أخرى، وإن حكم بموجبه. نهر.

قلت: ثم رأيت في معروضات المفتي أبي السعود سؤالاً ملخصه: أن طالب علم ذكر عنده حديث نبوي فقال: أكلّ أحاديث النبي ﷺ صدق يعمل بها؟ فأجاب بأنه يكفر، أولاً: بسبب استفهامه الإنكاري، وثانياً بإلحاقه الشين للنبي ﷺ، ففي كفره الأول عن اعتقاده يؤمر بتجديد الإيمان فلا يقتل، والثاني

خنزير، فلا يدخل أجداده في ذلك، وحيث احتمل التأويل فلا يحكم بالكفر عند كما مر. قوله: (وإن شتم الملائكة كالأنبياء) هو مصرح به عندنا، فقالوا: إذا شتم أحداً من الأنبياء أو الملائكة كفر، وقد علمت أن الكفر بشتم الأنبياء كفر ردة، فكذا الملائكة، فإن تاب فيها وإلا قتل. قوله: (فليحرر) قد علمت تحريره بما قلنا. قوله: (هل للشافعي أن يحكم بقبول توبته) أي في إسقاط القتل عنه، وهو مبني على ما ذكره البزازي، وقد علمت أن أهل المذهب قائلون بقبول توبته، فلا وجه لما ذكره. اهـ. ط. ولذا قال الرحمتي. قد علمت أن هذا ليس مذهباً للحنفية كما نطقت به كتبهم ونقله عنهم الأئمة كالقاضي عياض وابن أبي جمرة. قوله. (لأنها حادثة أخرى الخ) يعني أن حكم الحنفي بكفره بناء على أن مذهبه عدم قبول التوبة لا يرفع الخلاف في عدم قبول التوبة، لأن عدم قبولها حادثة أخرى لم يحكم بها الحنفي فيسوغ للشافعي الحكم بقبولها، وإن قال الحنفي حكمت بالكفر وموجبه، لأن موجب الكفر القتل إن لم يتب وهو المتفق عليه، ولا يلزم منه القتل أيضاً إن تاب على أنه له موجبات أخر من فسخ النكاح وحبط العمل وغير ذلك، فلا يكون قول الحنفي حكمت بموجبه حكماً بقتله، وإن تاب فللشافعي أن يحكم بعدم قتله إذا تاب.

والعجب من الشارح حيث نقل صريح ما في كتب المذهب من أن الحنفي كالشافعي في قبول توبته كيف جارى صاحب النهر في هذه المسألة، فكان الصواب أن يبدل الحنفي بالمالكي أو الحنبلي. قوله: (سؤالاً) مفعول رأيت. وفي بعض النسخ «سؤال» بالرفع وهو تحريف. قوله: (فأجاب بأنه يكفر الخ) قال السائحاني: أقول هذا لا يصدر عن أبي السعود، لأن كلام القائل يحتمل أن كل الأحاديث الموجودة ليست صدقاً لأن فيها الموضوع، وهذا الاحتمال أقرب من غيره. وتقدم عن الدرر: إذا كان في المسألة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه فعلى المفتي الميل لما يمنعه. وقوله: «والثاني» أي إلحاق الشين يفيد الزندقة.

يفيد الزندقة، فبعد أخذه لا تقبل توبته اتفاقاً فيقتل، وقبله اختلف في قبول توبته، فعند أبي حنيفة تقبل فلا يقتل، وعند بقية الأئمة لا تقبل ويقتل حداً، فلذلك ورد أمر سلطاني في سنة ٩٤٤ لقضاة الممالك المحمية برعاية رأي الجانبين بأنه إن ظهر صلاحه وحسن توبته وإسلامه لا يقتل، ويكتفى بتعزيره وحبسه عملاً بقول الإمام الأعظم، وإن لم يكن من أناس يفهم خيرهم يقتل عملاً بقول الأئمة؛ ثم في سنة ٩٥٥ تقرر هذا الأمر بآخر، فينظر القائل من أي الفريقين هو فيعمل بمقتضاه اهـ فليحفظ. وليكن التوفيق (أو) الكافر بسب (الشيخين أو) بسب (أحدهما) في البحر عن الجوهرة معزياً للشهيد من سب الشيخين أو طعن فيهما كفر ولا تقبل توبته، وبه أخذ الدبوسي وأبو الليث، وهو المختار للفتوى. انتهى. وجزم به في الأشباه وأقره المصنف قائلاً: وهذا يقوي القول بعدم قبول توبة ساب الرسول ﷺ، وهو الذي ينبغي التعويل عليه في الإفتاء والقضاء: رعاية لجانب حضرة المصطفى ﷺ. اهـ

أقول: لا إفادة فيه، لأن الزندقة أن لا يتدين بدين اهـ. وكتب ط نحوه. قوله: (فبعد أخذه إلخ) تفريع على كونه صار زنديقاً.

وحاصل كلامه أن الزنديق لو تاب قبل أخذه: أي قبل أن يرفع إلى الحاكم تقبل توبته عندنا، وبعده: لا اتفاقاً، وورد الأمر السلطاني للقضاة بأن ينظروا في حال ذلك الرجل إن ظهر حسن توبته يعمل بقول أبي حنيفة، وإلا فبقول باقي الأئمة، وأنت خبير بأن هذا مبني على ما مشى عليه القاضي عياض من مشهور مذهب مالك وهو عدم قبول توبته، وأن حكمه حكم الزنديق عندهم، وتبعه البزازي كما قدمناه عنه، وكذا تبعه في الفتح، وقد علمت أن صريح مذهبنا خلافه كما صرح به القاضي عياض وغيره.
قوله: (وليكن التوفيق) أي بحمل ما مر عن الكتب وغيرها من أنه يفعل به ما يفعل بالمرتد على ما إذا تاب قبل أخذه، وحمل ما في البزازية على ما بعد أخذه، وأنت خبير بأن هذا التوفيق غير ممكن لتصريح علمائنا بأن حكمه حكم المرتد، ولا شك أن حكم المرتد غير حكم الزنديق، ولم يقيد أحد منهم هذا التفصيل، ولأن البزازي ومن تبعه قالوا: إنه لا توبة له أصلاً سواء بعد القدرة عليه والشهادة، أو جاء تائباً من قبل نفسه كما هو مذهب المالكية والحنابلة، فعلم أنهما قولان مختلفان، بل مذهبان متباينان. على أن الزنديق الذي لا تقبل توبته بعد الأخذ هو المعروف بالزندقة الداعي إلى زندقته كما يأتي، ومن صدرت منه كلمة الشتم مرة عن غيظ أو نحوه لا يصير زنديقاً بهذا المعنى.
قوله: (وهو الذي ينبغي التعويل عليه) قلت: الذي ينبغي التعويل عليه ما مشى عليه أهل المذهب فإن اتباعنا له واجب ط. قوله: (رعاية لجانب حضرة المصطفى ﷺ) أقول:

لكن في النهر وهذا لا وجود له في أصل الجوهرة، وإنما وجد على هامش بعض النسخ، فألحق بالأصل مع أنه لا ارتباط له بما قبله. انتهى.

رعاية جانبه في اتباع ما ثبت عنه عند المجتهد. قوله: (لكن في النهر الخ) قال السيد الحموي في حاشية الأشباه: حكي عن عمر بن نجيم أن أخاه أفتى بذلك، فطلب منه النقل فلم يوجد إلا على طرة الجوهرة، وذلك بعد حرق الرجل اهـ.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ: فِي حُكْمِ سَبِّ الشَّيْخَيْنِ

وأقول: على فرض ثبوت ذلك في عامة نسخ الجوهرة لا وجه له يظهر، لما قدمناه من قبول توبة من سب الأنبياء عندنا، خلافاً للمالكية والحنابلة، وإذا كان كذلك فلا وجه للقول بعدم قبول توبة من سب الشيخين بل، لم يثبت ذلك عن أحد من الأئمة فيما أعلم اهـ. ونقله عنه السيد أبو السعود الأزهري في حاشية الأشباه ط.

أقول: نعم نقل في البزازية عن الخلاصة أن الرافضي إذا كان يسب الشيخين ويلعنهما فهو كافر، وإن كان يفضل علياً عليهما فهو مبتدع اهـ. وهذا لا يستلزم عدم قبول التوبة. على أن الحكم عليه بالكفر مشكل لما في الاختيار: اتفق الأئمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئتهم، وسب أحد من الصحابة وبغضه لا يكون كفراً، لكن يضلل الخ. وذكر في فتح القدير أن الخوارج الذين يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويكفرون الصحابة حكمهم عند جمهور الفقهاء وأهل الحديث حكم البغاة. وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون. قال ابن المنذر: ولا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء. وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحداً من أهل البدع. وبعضهم يكفرون البعض، وهو من خالف ببدعته دليلاً قطعياً ونسبه إلى أكثر أهل السنة، والنقل الأول أثبت، وابن المنذر أعرف بنقل كلام المجتهدين، نعم يقع في كلام أهل المذهب تكفير كثير، ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم، ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا اهـ. ومما يزيد ذلك وضوحاً ما صرحوا به في كتبهم متوناً وشروحاً من قولهم: ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وتقبل شهادة أهل الأهواء، إلا الخطابية. وقال ابن ملك في شرح المجمع: وترد شهادة من يظهر سب السلف لأنه يكون ظاهر الفسق، وتقبل من أهل الأهواء الجبر والقدر والرفض والخوارج[1] والتشبيه والتعطيل اهـ. وقال الزيلعي: أو يظهر سب السلف: يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون، لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته، ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة، بخلاف ما لو كان يخفي السب اهـ. ولم يعلل أحد

---

(١) في ط (قوله والخوارج) هكذا بخطه، والأنسب بما قبله وما بعده أن يقول والخروج.

قلت: ويكفينا ما مر من الأمر فتدبر. وفي المعروضات المذكورة ما معناه أن من قال عن فصوص الحكم للشيخ محيي الدين بن العربي: إنه خارج عن

لعدم قبول شهادتهم بالكفر كما ترى؛ نعم استثنوا الخطابية لأنهم يرون شهادة الزور لأشياعهم أو للحالف، وكذا نص المحدثون على قبول رواية أهل الأهواء، فهذا فيمن يسب عامة الصحابة ويكفرهم بناء على تأويل له فاسد.

فعلم أن ما ذكره في الخلاصة من أنه كافر: قول ضعيف مخالف للمتون والشروح، بل هو مخالف لإجماع الفقهاء كما سمعت. وقد ألف العلامة منلا علي القاري رسالة في الرد على الخلاصة. وبهذا تعلم قطعاً أن ما عزي إلى الجوهرة من الكفر مع عدم قبول التوبة على فرض وجوده في الجوهرة: باطل لا أصل له ولا يجوز العمل به. وقد مر أنه كان في المسألة خلاف ولو رواية ضعيفة، فعلى المفتي أن يميل إلى عدم التكفير، فكيف يميل هنا إلى التكفير المخالف للإجماع فضلاً عن ميله إلى قتله وإن تاب، وقد مر أيضاً أن المذهب قبول توبة سابّ الرسول ﷺ فكيف ساب الشيخين. والعجب من صاحب البحر حيث تساهل غاية التساهل في الإفتاء بقتله مع قوله: وقد ألزمت نفسي أن لا أفتي بشيء من ألفاظ التكفير المذكورة في كتب الفتاوى؛ نعم لا شك في تكفير من قذف السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها، أو أنكر صحبة الصديق، أو اعتقد الألوهية في علي، أو أن جبريل غلط في الوحي، أو نحو ذلك من الكفر الصريح المخالف للقرآن. ولكن لو تاب تقبل توبته، هذا خلاصة ما حررناه في كتابنا [تنبيه الولاة والحكام] وإن أردت الزيادة فارجع إليه واعتمد عليه تعبه الكفاية لذوي الدراية. قوله: (ويكفينا الخ) هذا مرتبط بقوله: «وبهذا يتقوى القول الخ» ط. والمراد بالأمر: الأمر السلطاني، وقد علمت ما فيه.

والحاصل أنه لا شك ولا شبهة في كفر شاتم النبي ﷺ وفي استباحة قتله، وهو المنقول عن الأئمة الأربعة، وإنما الخلاف في قبول توبته إذا أسلم. فعندنا - وهو المشهور عند الشافعية - القبول، وعند المالكية والحنابلة عدمه، بناء على أن قتله حداً أو لا؟. وأما الرافضي ساب الشيخين بدون قذف للسيدة عائشة ولا إنكار لصحبة الصديق ونحو ذلك فليس بكفر فضلاً عن عدم قبول التوبة، بل هو ضلال وبدعة، وسيأتي تمامه في أول باب البغاة إن شاء الله تعالى.

مَطْلَبٌ فِي حَالِ الشَّيْخِ الأَكْبَرِ سَيِّدِي مُحْيِي الدِّينِ بْنِ عَرَبِي

نفعنا الله تعالى به

قوله: (الشيخ محيي الدين بن العربي) هو محمد بن علي بن محمد الحاتمي الطائي الأندلسي، العارف الكبير ابن عربي، ويقال ابن العربي، ولد سنة ٥٦٠ ومات في ربيع

الشريعة وقد صنفه للإضلال ومن طالعه ملحد ماذا يلزمه؟ أجاب: نعم فيه كلمات تباين الشريعة، وتكلف بعض المتصلفين لإرجاعها إلى الشرع، لكنا تيقنا أن بعض اليهود افتراها على الشيخ قدس الله سره فيجب الاحتياط بترك مطالعة تلك الكلمات، وقد صدر أمر سلطاني بالنهي فيجب الاجتناب من كل وجه. انتهى، فليحفظ، وقد أثنى صاحب القاموس عليه في سؤال رفع إليه فيه، فكتب: اللهم نطقنا بما فيه رضاك، الذي أعتقده وأدين الله به: إنه كان رضي الله تعالى عنه

سنة ٦٣٨ ودفن بالصالحية. وحسبك قول زروق وغيره من الفحول ذاكرين بعض فضله، هو أعرف بكل فن من أهله، وإذا أطلق الشيخ الأكبر في عرف القوم فهو المراد، وتمامه في ط عن طبقات المناوي. قوله: (بعض المتصلفين) أي المتكلفين. قوله: (تيقناً الخ) لعل تيقنه بذلك بدليل ثبت عنده أو بسبب عدم اطلاعه على مراد الشيخ فيها، وأنه لا يمكن تأويلها، فتعين عنده أنها مفتراة عليه، كما وقع للعارف الشعراني أنه افترى عليه بعض الحساد في بعض كتبه أشياء مكفرة وأشاعها عنه حتى اجتمع بعلماء عصره وأخرج لهم مسودة كتابه التي عليها خطوط العلماء فإذا هي خالية عما افترى عليه المنكرون، هذا: ومن أراد شرح كلماته التي اعترضها المنكرون فليرجع إلى كتاب الرد المتين على منتقص العارف محيي الدين» لسيدي عبد الغني النابلسي. قوله: (فيجب الاحتياط الخ) لأنه إن ثبت افتراؤها فالأمر ظاهر، وإلا فلا يفهم كل أحد مراده فيها، فيخشى على الناظر فيها من الإنكار عليه أو فهم خلاف المراد. وللحافظ السيوطي رسالة سماها [تنبيه الغبي بتبرئة ابن عربي] ذكر فيها أن الناس افترقوا فيه فرقتين: الفرقة المصيبة تعتقد ولايته، والأخرى بخلافها. ثم قال: والقول الفصل عندي فيه طريقة لا يرضاها الفرقتان، وهي اعتقاد ولايته وتحريم النظر في كتبه. فقد نقل عنه أنه قال: «نحن قوم يحرم النظر في كتبنا» وذلك أن الصوفية تواطؤوا على ألفاظ اصطلحوا عليها وأرادوا بها معاني غير المعاني المتعارفة منها بين الفقهاء، فمن حملها على معانيها المتعارفة كفر؛ نص على ذلك الغزالي في بعض كتبه، وقال: إنه شبيه بالمتشابه في القرآن والسنة، كالوجه واليد والعين والاستواء. وإذا ثبت أصل الكتاب عنه فلا بد من ثبوت كل كلمة لاحتمال أن يدس فيه ما ليس منه من علوٍّ أو ملحد أو زنديق وثبوت أنه قصد بهذه الكلمة المعنى المتعارف، وهذا لا سبيل إليه، ومن ادعاه كفر، لأنه من أمور القلب التي لا يطلع عليها إلا الله تعالى.

وقد سأل بعض أكابر العلماء بعض الصوفية: ما حملكم على أنكم اصطلحتم على هذه الألفاظ التي يستشنع ظاهرها؟ فقال: غيرة على طريقنا هذا أن يدعيه من لا يحسنه ويدخل فيه من ليس أهله، والمتصدي للنظر في كتبه أو إقرارها لم ينصح نفسه ولا غيره من المسلمين، ولا سيما إن كان من القاصرين عن علوم الظاهر فإنه يضل ويضل، وإن كان عارفاً

شيخ الطريقة حالاً وعلماً، وإمام الحقيقة حقيقة ورسماً، ومحيي رسوم المعارف فعلاً واسماً:

إِذَا تَغَلْغَلَ فِكْرُ المَرْءِ فِي طَرَفٍ ... مِنْ عِلْمِهِ غَرِقَتْ فِيهِ خَوَاطِرُهُ

فليس من طريقتهم إقرار المريدين لكتبهم، ولا يؤخذ هذا العلم من الكتب اهـ. ملخصاً.

وذكر في محل آخر: سمعت أن الفقيه العالم العلامة عز الدين بن عبد السلام كان يطعن في ابن عربي ويقول: هو زنديق، فقال له يوماً بعض أصحابه: أريد أن تريني القطب، فأشار إلى ابن عربي، فقال له أنت تطعن فيه، فقال: حتى أصون ظاهر الشرع، أو كما قال اهـ. وللمحقق ابن كمال باشا فتوى قال فيها بعد ما أبدع في مدحه: وله مصنفات كثيرة: منها فصوص حكمية وفتوحات مكية بعض مسائلها مفهوم النص والمعنى وموافق للأمر الإلهي والشرع النبوي، وبعضها خفيّ عن إدراك أهل الظاهر دون أهل الكشف والباطن، ومن لم يطلع على المعنى المرام يجب عليه السكوت في هذا المقام، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٦]. قوله: (شيخ الطريقة حالاً وعلماً) الطريقة: هي السيرة المختصة بالسالكين إلى الله تعالى: من قطع المنازل والترقي في المقامات، والحال عند أهل الحق معنى يرد على القلب من غير تصنع ولا اجتلاب ولا اكتساب، من طرب أو حزن أو قبض أو بسط، أو هيبة، ويزول بظهور صفات النفس، سواء تعقبه المثل أو لا، فإذا دام وصار ملكه يسمى مقاماً، فالأحوال مواهب، والمقامات تحصل ببذل المجهود، والعلم هو الاعتقاد الجزم المطابق للواقع، وهو قطعي وهو ما لا يؤخذ من الغير، وانفعالي ما أخذ من الغير اهـ. من تعريفات السيد الشريف قدس سره. قوله: (وإمام الحقيقة) هي مشاهدة الربوبية بالقلب، ويقال هي سر معنوي لا حد له ولا جهة، وهي الطريقة والشريعة متلازمة، لأن الطريق إلى الله تعالى لها ظاهر وباطن؛ فظاهرها الشريعة والطريقة وباطنها الحقيقة، فبطون الحقيقة في الشريعة والطريقة كبطون الزبد في لبنه، لا يظفر من اللبن بزبده بدون مخضه، والمراد من الثلاثة إقامة العبودية على الوجه المراد من العبد اهـ. من الفتوحات الإلهية للقاضي زكريا. قوله: (حقيقة ورسماً) الحقيقة ضد المجاز. والرسم الأثر أو بقيته أو ما لا شخص له من الآثار جمعه أرسم ورسوم. قاموس. والمراد أنه الإمام من جهة الحقيقة ونفس الأمر، ومن جهة الأثر الظاهر للبصر. قوله: (فعلاً واسماً) أي أحيا آثرها من جهة الفعل والاسم حتى صارت المعارف فاعلة أفعالها ومشهورة بين الناس. قوله: (إذا تغلغل الخ) هذا بيت من بحر البسيط. والتغلغل الدخول والإسراع. والفكر: بالكسر ويفتح إعمال النظر في الشيء. والخاطر: الهاجس. قاموس. وهو ما يخطر في القلب من تدبير أمر. مصباح. قوله:

عباب لا تكدر الدلاء، وسحاب تتقاصى عنه الأنواء، كانت دعوته تخرق السبع الطباق، وتفرق بركاته فتملأ الآفاق.

وإني أصفه، وهو يقيناً فوق ما وصفته، وناطق بما كتبته، وغالب ظني أني ما أنصفته:

وَمَا عَلَيَّ إِذَا مَا قُلْتُ مُعْتَقَدِي ... دَعِ الْجَهُولَ يَظُنُّ الْجَهْلَ عُدْوَانَا
وَاللَّهِ، وَاللَّهِ، وَاللَّهِ الْعَظِيمِ وَمَنْ ... أَقَامَهُ حُجَّةً لِلدِّينِ بُرْهَانَا
إِنَّ الَّذِي قُلْتُ بَعْضٌ مِنْ مَنَاقِبِهِ ... مَا زِدْتُ، إِلَّا لَعَلِّي زِدْتُ نُقْصَانَا

إلى أن قال: ومن خواص كتبه أنه من واظب على مطالعتها انشرح صدره لفك المعضلات وحل المشكلات، وقد أثنى عليه الشيخ العارف عبد الوهاب الشعراني سيما في كتابه «تنبيه الأغبياء على قطرة من بحر علوم الأولياء» فعليك به وبالله التوفيق (و) الكافر بسبب اعتقاد (السحر) لا توبة له (ولو امرأة) في

(عباب) كغراب معظم السيل وكثرته وموجه. والدلاء جمع دلو: أي لا يتغير بأخذ الدلاء منه، لأنها لا تصل إلى أسفله لكثرته. قوله: (تتقاصى عنه الأنواء) التقاصي بالقاف والصاد المهملة: التباعد. والأنواء جمع نوء وهو النجم. واستناءه: طلب نوءه: أي عطاءه. قاموس: أي أنه سحاب تتباعد عن مطره وفيضه النجوم التي يكون المطر وقت طلوعها، أو تتباعد عنه عطايا الناس: أي لا تشبهه. قوله: (الآفاق) جمع أفق بضم وبضمتين الناحية وما ظهر من نواحي الفلك. قاموس. قوله: (وهو يقيناً) مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره أيقنه، جملة معترضة بين المبتدأ والخبر ط. قوله: (وناطق بما كتبته) المراد أنه مقرّ به وأن الأول طابق الفعل ط. والجملة عطف على «أصفه». قوله: (ما أنصفته) يقال أنصفته إنصافاً: عاملته بالعدل والقسط. مصباح. قوله: (وما علي) «ما» استفهامية أو نافية: أي وما علي شيء. قوله: (يظن الجهل) أي يظن الجهل في غيره فهو مفعول أول، أو يظن الظن الجهل فهو مفعول مطلق، وقوله: «عدواناً» أي ظلماً مفعول لأجله أو حال، وهذا أولى مما قيل: إن الجهل بمعنى المجهول مفعول أول، و «عدواناً» مفعول ثان: أي ذا عدوان، فافهم. قوله: (برهاناً) هو الحجة. قاموس. فهو حال مؤكدة ط. قوله: (من مناقبه) جمع منقبة وهي المفخرة. قاموس ط. قوله: (إلا لعلي) أي لكن أخاف وأشفق أني زدت من جهة النقصان والتقصير في حقه، فنقصاناً تمييز لا مفعول «زدت» لئلا يرد عليه ما قيل في زاد النقص أنه لا مناسبة بين الزيادة والنقص حتى يتسلط أحدهما على الآخر.

مَطْلَبٌ فِي السَّاحِرِ وَالزِّنْدِيقِ

قوله: (والكافر بسبب اعتقاد السحر) في الفتح: السحر حرام بلا خلاف بين أهل

العمل، واعتقاد إباحته كفر. وعن أصحابنا ومالك وأحمد: يكفر الساحر بتعلمه وفعله، سواء اعتقد الحرمة أو لا ويقتل، وفيه حديث مرفوع «حدّ الساحر ضربة بالسيف» يعني القتل. وعند الشافعي: لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته. وأما الكاهن، فقيل هو الساحر، وقيل هو العراف الذي يحدث ويتخرص، وقيل من له من الجن من يأتيه بالأخبار. وقال أصحابنا: إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر، لا إن اعتقد أنه تخييل. وعند الشافعي: إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما يلتمسه: كفر. وعند أحمد حكمه كالساحر، في رواية يقتل، وفي رواية إن لم يتب، ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعرّاف وعدمه. وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الأرض، لا بمجرد علمه إذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره اهـ.

وحاصله أنه اختار أنه لا يكفر إلا إذا اعتقد مكفراً، وبه جزم في النهر، وتبعه الشارح، وأنه يقتل مطلقاً إن عرف تعاطيه له، ويؤيده ما في الخانية: اتخذ لعبة ليفرق بين المرء وزوجه. قالوا: هو مرتدّ ويقتل إن كان يعتقد لها أثراً ويعتقد التفريق من اللعبة لأنه كافر اهـ.

وفي [نور العين] عن المختارات: ساحر يسحر ويدعي الخلق من نفسه يكفر ويقتل لردته. وساحر يسحر وهو جاحد لا يستتاب منه ويقتل إذا ثبت سحره دفعاً للضرر عن الناس. وساحر يسحر تجربة ولا يعتقد به لا يكفر. قال أبو حنيفة: الساحر إذا أقرّ بسحره أو ثبت بالبينة يقتل ولا يستتاب منه، والمسلم والذمي والحر والعبد فيه سواء. وقيل يقتل الساحر المسلم لا الكتابي، والمراد من الساحر غير المشعوذ ولا صاحب الطلسم ولا الذي يعتقد الإسلام. والسحر في نفسه حق: أمر كائن إلا أنه لا يصلح إلا للشر والضرر بالخلق، والوسيلة إلى الشرّ شر فيصير مذموماً اهـ.

والفرق بين الثلاثة أن الأول مصرح بما هو كفر. والثاني لا يدري كيف يقول كما وقع التعبير به في الخانية لأنه جاحد، ويعلم منه أن الأول لا يستتاب: أي لا يمهل طلباً للتوبة لأنها لا تقبل منه في دفع القتل عنه بعد أخذه كما يأتي دفعاً للضرر عن الناس كقطاع الطريق والخناق وإن كانوا مسلمين. وبه علم أن الثالث وإن كان لا يكفر لكنه يقتل أيضاً للاشتراك في الضرر، وأن تقييد الشارح بكونه كافراً بسبب اعتقاد السحر غير قيد، بل يقتل ولو كان كافراً أصلياً أو لم يكفر باعتقاده، نعم لما كان كلام المصنف في المسلم الذي ارتد قيد بذلك. وعلم به وبما نقلناه عن الخانية أنه لا يكفر بمجرد عمل السحر ما لم يكن فيه اعتقاد أو عمل فهو مكفر، ولذا نقل في [تبيين

الأصح لسعيها في الأرض بالفساد. ذكره الزيلعي، ثم قال (و) كذا الكافر بسبب (الزندقة)

المحررة] عن الإمام أبي منصور: أن القول بأنه كفر على الإطلاق خطأ ويجب البحث عن حقيقته، فإن كان في ذلك رد ما لزم في شرط الإيمان فهو كفر، وإلا فلا اهـ. والظاهر أن ما نقله في الفتح عن أصحابنا مبني على أن السحر لا يكون إلا إذا تضمن كفراً. ويأتي تحقيقه، وقدمنا في خطبة الكتاب تعداد أنواع السحر، وتمام بيان ذلك في رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندي لنصرة مولانا خالد النقشبندي]. قوله: (لسعيها الخ) أي لا بسبب اعتقادها الذي هو ردة، لأن المرتدة لا تقتل عندنا، ومقابل لأصح ما في المنتقى أنها لا تقتل بل تحبس وتضرب كالمرتدة، كما في الزيلعي.

مَطْلَبٌ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الزِّنْدِيقِ وَالْمُنَافِقِ وَالدَّهْرِيِّ وَالْمُلْحِدِ

قوله: (وكذا الكافر بسبب الزندقة) قال العلامة ابن كمال باشا في رسالته: الزنديق في لسان العرب يطلق على من ينفي الباري تعالى، وعلى من يثبت الشريك، وعلى من ينكر حكمته. والفرق بينه وبين المرتد العموم الوجهي لأنه قد لا يكون مرتداً، كما لو كان زنديقاً أصلياً غير منتقل عن دين الإسلام، والمرتد قد لا يكون زنديقاً، كما لو تنصر أو تهود، وقد يكون مسلماً فيتزندق. وأما في اصطلاح الشرع فالفرق أظهر، لاعتبارهم فيه إبطال الكفر والاعتراف بنبوة نبينا ﷺ، على ما في شرح المقاصد، لكن القيد الثاني في الزنديق الإسلامي بخلاف غيره. والفرق بين الزنديق والمنافق والدهري والملحد مع الاشتراك في إبطان الكفر: أن المنافق غير معترف بنبوة نبينا ﷺ. والدهري كذلك مع إنكاره إسناد الحوادث إلى الصانع المختار سبحانه وتعالى. والملحد وهو من مال عن الشرع القويم إلى جهة من جهات الكفر، من ألحد في الدين حاد وعدل لا يشترط فيه الاعتراف بنبوة نبينا ﷺ ولا بوجود الصانع تعالى، وبهذا فارق الدهري أيضاً، ولا إضمار الكفر، وبه فارق المنافق، ولا سبق الإسلام وبه فارق المرتد، فالملحد أوسع فرق الكفر حداً: أي هو أعم من الكل اهـ. ملخصاً.

قلت: لكن الزنديق باعتبار أنه تارة يكون مسلماً وقد يكون كافراً من الأصل. لا يشترط فيه الاعتراف بالنبوة، وسيأتي عن الفتح تفسيره بمن لا يتدين بدين.

ثم بين حكم الزنديق فقال: اعلم أنه لا يخلو، إما أن يكون معروفاً داعياً إلى الضلال أو لا. والثاني ما ذكره صاحب الهداية في التجنيس من أنه على ثلاثة أوجه: إما أن يكون زنديقاً من الأصل على الشرك، أو يكون مسلماً فتزندق، أو يكون ذمياً فيتزندق؛ فالأول يترك على شركه إن كان من العجم: أي بخلاف مشرك العرب فإنه لا

لا توبة له وجعله في الفتح ظاهر المذهب، لكن في حظر الخانية الفتوى على أنه (إذا أخذ) الساحر أو الزنديق المعروف الداعي (قبل توبته) ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل، ولو أخذ بعدها قبلت. وأفاد في السراج أن الخناق لا توبة له. وفي الشمني: الكاهن قيل كالساحر. وفي حاشية البيضاوي نقلاً خسرو:

يترك. والثاني يقتل إن لم يسلم لأنه مرتد. وفي الثالث[1] يترك على حاله لأن الكفر ملة واحدة اهـ. والأول: أي المعروف الداعي لا يخلو من أن يتوب بالاختيار ويرجع عما فيه قبل أن يؤخذ أو لا. والثاني يقتل دون الأول اهـ. وتمامه هناك. قوله: (لا توبة له) تصريح بوجه الشبه، والمراد بعدم التوبة أنها لا تقبل منه في نفي القتل عنه كما مر في الساب، ولذا نقل البيري عن الشمني بعد نقله اختلاف الرواية في القبول وعدمه أن الخلاف في حق الدنيا، أما فيما بينه وبين الله تعالى فتقبل توبته بلا خلاف فهو. ونحوه في رسالة ابن كمال. قوله: (لكن في حظر الخانية الخ) استدراك على الفتح حيث لم يذكر هذا التفصيل. ونقل في النهر عن الدراية رواية في القبول وعدمه، ثم قال: وينبغي أن يكون هذا التفصيل محمل الروايتين اهـ. قوله: (المعروف) أي بالزندقة الداعي: أي الذي يدعو الناس إلى زندقته اهـ ح.

فإن قلت: كيف يكون معروفاً داعياً إلى الضلال، وقد اعتبر في مفهومه الشرعي أن يبطن الكفر؟.

قلت: لا بعد فيه، فإن الزنديق يموّه كفره ويروّج عقيدته الفاسدة، ويخرجها في الصورة الصحيحة، وهذا معنى إبطان الكفر، فلا ينافي إظهاره الدعوى إلى الضلال وكونه معروفاً بالإضلال اهـ. ابن كمال. قوله: (إن الخناق لا توبة له) أفاد بصيغة المبالغة أن من خنق مرة لا يقتل. قال المصنف قبيل الجهاد: ومن تكرّر الخنق منه في المصر قتل به، وإلا لا اهـ ط.

قلت: ذكر الخناق هنا استطرادي، لأن الكلام في الكافر الذي لا تقبل توبته، والخناق غير كافر.

وإنما لا تقبل توبته لسعيه في الأرض بالفساد، ودفع ضرره عن العباد، ومثله قطاع الطرق.

مَطْلَبٌ فِي الكَاهِنِ وَالعَرَّافِ

قوله: (الكاهن قيل كالساحر) في الحديث «مَنْ أَتَى كَاهِناً أَوْ عَرَّافاً فَصَدَّقَهُ بِمَا

---

(١) في ط (قوله وفي الثالث) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف، والمناسب حذف قوله كالأول والثاني قبله.

الداعي إلى الإلحاد والإباحي كالزنديق: وفي الفتح: والمنافق الذي يبطن الكفر

يَقُولُ فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ»[1] أخرجه أصحاب السنن الأربعة، وصححه الحاكم عن أبي هريرة. والكاهن كما في مختصر النهاية للسيوطي: من يتعاطى الخبر عن الكائنات في المستقبل ويدعي معرفة الأسرار. والعراف: المنجم. وقال الخطابي: هو الذي يتعاطى معرفة مكان المسروق والضالة ونحوهما اهـ.

والحاصل أن الكاهن من يدعي معرفة الغيب بأسباب وهي مختلفة، فلذا انقسم إلى أنواع متعددة كالعراف، والرمال، والمنجم: وهو الذي يخبر عن المستقبل بطلوع النجم وغروبه، والذي يضرب الحصى والذي يدعي أن له صاحباً من الجن يخبره عما سيكون، والكل مذموم شرعاً، محكوم عليهم وعلى مصدقهم بالكفر. وفي البزازية: يكفر بادعاء علم الغيب وبإتيان الكاهن وتصديقه. وفي التتارخانية: يكفر بقوله أنا أعلم المسروقات أو أنا أخبر عن إخبار الجن إياي اهـ.

قلت: فعلى هذا أرباب التقاويم من أنواع الكاهن لادعائهم العلم بالحوادث الكائنة. وأما ما وقع لبعض الخواص كالأنبياء والأولياء بالوحي والإلهام فهو بإعلام من الله تعالى فليس مما نحن فيه اهـ ملخصاً من حاشية نوح من كتاب الصوم.

مطلب في دعوى علم الغيب

قلت: وحاصله أن دعوى علم الغيب معارضة لنص القرآن فيكفر بها، إلا إذا أسند ذلك صريحاً أو دلالة إلى سبب من الله تعالى كوحي أو إلهام، وكذا لو أسنده إلى أمارة عادية بجعل الله تعالى. قال صاحب الهداية في كتابه [مختارات النوازل]: وأما علم النجوم فهو في نفسه حسن غير مذموم، إذ هو قسمان: حسابي وإنه حق وقد نطق به الكتاب، قال تعالى: ﴿الشَّمْسُ وَالْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ﴾ [الرحمن: ٥] أي سيرهما بحسبان واستدلالي بسير النجوم وحركة الأفلاك على الحوادث بقضاء الله تعالى وقدره، وهو جائز كاستدلال الطبيب بالنبض على الصحة والمرض، ولو لم يعتقد بقضاء الله تعالى أو ادعى علم الغيب بنفسه يكفر اهـ. وتمام تحقيق هذا المقام يطلب من رسالتنا [سل الحسام الهندي]. قوله: (الداعي إلى الإلحاد) قدمنا عن ابن كمال بيانه. قوله: (والإباحي) أي الذي يعتقد إباحة المحرمات وهو معتقد الزنادقة. ففي فتاوى قارئ الهداية: الزنديق هو الذي يقول ببقاء الدهر ويعتقد أن الأموال والحرم مشتركة اهـ. وفي رسالة ابن كمال عن الإمام الغزالي في كتاب [التفرقة بين الإسلام والزندقة] ومن جنس ذلك ما يدعيه بعض من يدعي التصوف أنه بلغ حالة بينه وبين الله تعالى أسقطت عنه

---

(١) أخرجه أحمد ٢/٤٠٨ وأبو داود ٤/٢٢٥ (٣٩٠٤) والترمذي ١/٢٤٣ (١٣٥) وابن ماجه ١/٢٠٩ (٦٣٩).

ويظهر الإسلام كالزنديق الذي لا يتدين بدين، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمته، وتمامه فيه. وفيه: يكفر

الصلاة وحلّ له شرب المسكر والمعاصي وأكل مال السلطان، فهذا مما لا أشك في وجوب قتله إذ ضرره في الدين أعظم؛ وينفتح به باب من الإباحة لا يُسد، وضرر هذا فوق ضرر من يقول بالإباحة مطلقاً، فإنه يمتنع عن الإصغاء إليه لظهور كفره. أما هذا فيزعم أنه لم يرتكب إلا تخصيص عموم التكليف بمن ليس له مثل درجته في الدين، ويتداعى هذا إلى أن يدعي كل فاسق مثل حاله اهـ ملخصاً

مطلب في أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم

وفي «نور العين» عن التمهيد: أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم بحيث توجب الكفر فإنه يباح قتلهم جميعاً إذا لم يرجعوا ولم يتوبوا، وإذا تابوا وأسلموا تقبل توبتهم جميعاً إلا الإباحية والغالية والشيعة من الروافض والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة لا تقبل توبتهم بحال من الأحوال، ويقتل بعد التوبة وقبلها، لأنهم لم يعتقدوا بالصانع تعالى حتى يتوبوا ويرجعوا إليه. وقال بعضهم: إن تاب قبل الأخذ والإظهار تقبل توبته، وإلا فلا، وهو قياس قول أبي حنيفة، وهو حسن جداً. فأما في بدعة لا توجب الكفر فإنه يجب التعزير بأي وجه يمكن أن يمنع من ذلك، فإن لم يمكن بلا حبس وضرب يجوز حبسه وضربه، وكذا لو لم يمكن المنع بلا سيف إن كان رئيسهم ومقتداهم جاز قتله سياسة وامتناعاً. والمبتدع لو له دلالة ودعوة للناس إلى بدعته ويتوهم منه أن ينشر البدعة وإن لم يحكم بكفره جاز للسلطان قتله سياسة وزجراً، لأن فساده أعلى وأعم حيث يؤثر في الدين. والبدعة لو كانت كفراً يباح قتل أصحابها عاماً، ولو لم تكن كفراً يقتل معلمهم ورئيسهم زجراً وامتناعاً اهـ. قوله: (الذي لا يتدين بدين) يحتمل أن يكون المراد به الذي لا يستقر على دين، أو الذي يكون اعتقاده خروجاً عن جميع الأديان، والثاني هو الظاهر من كلامه الآتي ستذكره عنه، وقدمنا عن رسالة ابن كمال تفسيره شرعاً بمن يبطن الكفر والله أعلم. قوله: (وتمامه فيه) أي في الفتح حيث قال: ويجب أن يكون حكم المنافق في عدم قبول توبته كالزنديق، لأن ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديناً، والمنافق مثله في الإخفاء. وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسرّه إلى من أمن إليه اهـ.

مطلب: حكم الدروز والتيامنة والنصيرية والإسماعيلية

تنبيه: يعلم مما هنا حكم الدروز والتيامنة، فإنهم في البلاد الشامية يظهرون الإسلام والصوم والصلاة مع أنهم يعتقدون تناسخ الأرواح، وحلّ الخمر والزنا، وأن

الساحر بتعلمه وفعله اعتقد تحريمه أو لا ويقتل انتهى؛ لكن في حظر الخانية: لو

الألوهية تظهر في شخص بعد شخص، الحشر والصوم والصلاة والحج، ويقولون المسمى به غير المعنى المراد، ويتكلمون في جناب نبينا ﷺ كلمات فظيعة. وللعلامة المحقق عبد الرحمن العمادي فيهم فتوى مطولة، وذكر فيها أنهم يتحلون عقائد النصيرية والإسماعيلية الذين يلقبون بالقرامطة، والباطنية الذين ذكرهم صاحب المواقف. ونقل عن علماء المذاهب الأربعة أنه لا يحل إقرارهم في ديار الإسلام بجزية ولا غيرها، ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم، وفيهم فتوى في الخيرية أيضاً فراجعها.

مَطْلَبٌ: جملَةُ مَنْ لَا تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ

والحاصل أنهم يصدق عليهم اسم الزنديق والمنافق والملحد. ولا يخفى أن إقرارهم بالشهادتين مع هذا الاعتقاد الخبيث لا يجعلهم في حكم المرتد لعدم التصديق، ولا يصح إسلام أحدهم ظاهراً إلا بشرط التبري عن جميع ما يخالف عن الإسلام، لأنهم يدعون الإسلام ويقرّون بالشهادتين وبعد الظفر بهم لا تقبل توبتهم أصلاً. وذكر في التاترخانية أنه سئل فقهاء سمرقند عن رجل يظهر الإسلام والإيمان ثم أقرّ بأني كنت أعتقد مع ذلك مذهب القرامطة وأدعو إليه والآن تبت ورجعت وهو يظهر الآن ما كان يظهره قبل من الإسلام والإيمان. قال أبو عبد الكريم بن محمد: قتل القرامطة واستئصالهم فرض. وأما هذا الرجل الواحد، فبعض مشايخنا قال: يتغفل ويقتل: أي تطلب غفلته في عرفان مذهبه. وقال بعضهم: يقتل بلا استغفال، لأن من ظهر منه ذلك ودعا الناس لا يصدق فيما يدعي بعد من التوبة، ولو قبل منه ذلك لهدموا الإسلام وأضلوا المسلمين من غير أن تمكن قتلهم، وأطال في ذلك، ونقل عدة فتاوى عن أئمتنا وغيرهم بنحو ذلك؛ لكن تقدم اعتماد قبول التوبة قبل الأخذ لا بعده. قوله: (لكن في حظر الخانية) أي في كتاب الحظر والإباحة منها والاستدراك على قول الفتح أولاً: أي أو لم يعتقد تحريمه، وقدمنا أنه في الفتح نقل ذلك عن أصحابنا، وأنه اختار أنه لا يكفر ما لم يعتقد ما يوجب الكفر لكنه يقتل؛ ولعل ما نقله عن الأصحاب مبني على أن السحر لا يتم إلا بما هو كفر، كما يفيده قوله تعالى: ﴿وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: ١٠٢] وعلى هذا فغير المكفر لا يسمى سحراً، ويؤيد ما قدمناه عن المختارات من أن المراد بالساحر غير المشعوذ ولا صاحب الطلسم ولا من يعتقد الإسلام: أي بأن لم يفعل أو يعتقد ما ينافي الإسلام، ولذا قال هنا: ولا يعتقده، فقد علم أنه يسمى ساحراً ما لم يعتقد أو يفعل ما هو كفر، والله سبحانه أعلم.

استعمله للتجربة والامتحان ولا يعتقده: لا يكفر، وحينئذ فالمستثنى أحد عشر.

(و) اعلم أن (كل مسلم ارتدّ فإنه يقتل إن لم يتب إلا) جماعة (المرأة والخنثى. ومن إسلامه تبعاً، والصبي إذا أسلم، والمكره على الإسلام، ومن ثبت

مَطْلَبٌ: جملةُ مَنْ لا يُقتَلُ إذا ارْتَدَّ

قوله: (فالمستثنى أحد عشر) أي من قوله: «وكل مسلم ارتد» فتوبته مقبولة إلا أحد عشر: من تكررت ردته، وساب النبي ﷺ، وسابّ أحد الشيخين، والساحر، والزنديق، والخناق؛ والكاهن، والملحد، والإباحي، والمنافق، ومنكر بعض الضروريات باطناً اهـ ح.

قلت: لكن الساحر لا يلزم أن يكون مرتداً بأن يكون مسلماً أصليّاً فعلى ذلك فإنه يقتل ولو كافراً كما مر، والخناق غير كافر، وإنما يقتل لسعيه بالفساد كما قدمناه. وأما الزنديق الداعي والملحد وما بعده فيكفي فيه إظهاره للإسلام وإن كان كافراً أصلياً، فعلم أن المراد بيان جملة من لا تقبل توبته سواء كان مسلماً ارتد أو لم يرتد، أو كان كافراً أصلياً؛ وعليه فكان المناسب ذكر قطاع الطريق، وكذا أهل الأهواء كما مر عن التمهيد، وكذا اللوطي كما مر في باب التعزير، وكذا كل من وجب عليه حدّ زنا أو سرقة أو قذف أو شرب. وأما ذكر سابّ النبي ﷺ أو أحد الشيخين فقد علمت ما فيه. قوله: (المرأة) يستثنى منها المرتدة بالسحر كما مر، وهو الأصح كما في البحر. قوله: (والخنثى) أي المشكل فإنه إذا ارتد لم يقتل ويحبس ويجبر على الإسلام. بحر عن التاترخانية. قوله: (ومن إسلامه تبعاً) صوابه تبع اهـ ح. قال في البحر عن البدائع: صبي أبواه مسلمان حتى حكم بإسلامه تبعاً لأبويه فبلغ كافراً ولم يسمع منه إقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه، إذ هي اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق، ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ، حتى لو أقر بالإسلام ثم ارتد: يقتل، ولكنه في الأولى يحبس لأنه كان له حكم الإسلام قبل البلوغ تبعاً، والحكم في أكسابه كالحكم في أكساب المرتد لأنه مرتد حكماً اهـ. قوله: (والصبي إذا أسلم) أي استقلالاً بنفسه لا تبعاً لأبويه، وإلا فهو المسألة المارة، وأطلق عدم قتله فشمل ما بعد البلوغ. ففي البحر: لو بلغ مرتداً لا يقتل استحساناً لقيام الشبهة باختلاف العلماء في صحة إسلامه، وسيأتي الكلام في إسلامه وردته. وبقي مسألة أخرى ذكرها في البحر والفتح عن المبسوط، وهي ما لو ارتدّ الصبي في صغره. فعلم أن الأولى فيما إذا ارتد حال البلوغ: أي قبل أن يقر بالإسلام. قوله: (والمكره على الإسلام) لأن الحكم بإسلامه من حيث الظاهر، لأن قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في إسقاط القتل. فتح، وفيه بعد نقله هذه المسائل عن المبسوط، قال: وفي كل ذلك يجبر على الإسلام، ولو

إسلامه بشهادة رجلين ثم رجعا) زاد في الأشباه: ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين انتهى.

ولو شهد نصرانيان على نصراني: أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما، وقيل تقبل؛ ولو على نصرانية قبلت اتفاقاً، وتمامه في آخر كراهية الدرر. ويلحق بالصبي من ولدته المرتدة بيننا إذ بلغ مرتداً، والسكران إذا أسلم، وكذا المكره؛ لأن إسلامه حكمي لا حقيقي، وقيد في الخانية وغيرها المكره بالحربي. أما الذمي المستأمن فلا يصح إسلامه. انتهى، لكن حمله المصنف في كتاب الإكراه على جواب القياس. وفي الاستحسان يصح. فليحفظ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر.

قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه شيء. قوله: (ثم رجعا) لأن الرجوع شبهة الكذب في الشهادة. قوله: (ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين) هذا على رواية النوادر كما ستراه. ح. قوله: (وقيل تقبل) يوهم أن المسألة الأولى اتفاقية وليس كذلك، ويمكن إرجاعه للمسألتين. ط. قوله: (ولو على نصرانية قبلت اتفاقاً) لأن المرتدة لا تقتل، بخلاف المرتد ولكنها تجبر على الإسلام؛ وهذا كله قول الإمام. وفي النوادر: تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصراني أنه أسلم، وهذا هو الذي في آخر كراهية الدرر كما في ح. واعتمد قاضيخان قول الإمام بعدم القتل بشهادة النساء وإن كان يجبر على الإسلام، لأن أي نفس كانت لا تقتل بشهادة النساء. ط عن نوح أفندي. قوله: (من ولدته المرتدة بيننا) لأنه يجبر على الإسلام كأمه، لكنه لا يقتل، لأن إسلامه تبعاً لأبويه ولم يصف الإسلام تابعاً لكافر كما مر. وقوله: (بيننا) أي المسلمين غير قيد لما سيأتي من أن الزوجين لو ارتدا معاً فولدت ولداً يجبر بالضرب على الإسلام وإن حبلت به ثمة. قوله: (والسكران إذا أسلم) يعني فإن إسلامه يصح، فإن ارتد لا يقتل كالصبي العاقل إذا ارتد. بحر عن التاترخانية.

قلت: أي إن ارتد بعد صحوه لا يقتل لأن في إسلامه شبهة. قوله: (لأن إسلامه حكمي) أي بمنزلة الدار كما سيأتي في بابه. قوله: (وفي الاستحسان يصح) وهو المعمول به. رملي. وهو الصواب. ط عن بعض العلماء.

قلت: ووجهه أن الحربي إنما يقاتل على الإسلام أصالة فلا يتأتى فيه قياس واستحسان، بخلاف الذمي فإنه بعد التزام الذمة لا يقاتل عليه، فالقياس أن لا يصح إسلامه بالإكراه؛ كما لا تصح ردة المسلم به. وفي الاستحسان يصح. لكن لو ارتد لا يقتل وتقدم وجهه. قوله: (فالمستثنى أربعة عشر) لأن المكره تحته ثلاثة: الحربي والذمي

(شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له) لا لتكذيب الشهود العدول بل (لأن إنكاره توبة ورجوع) يعني فيمتنع القتل فقط. وتثبت بقية أحكام المرتد كحبط عمل وبطلان وقف وبينونة زوجة لو فيما تقبل توبته، وإلا قتل كالردة بسبه عليه الصلاة والسلام كما مر. أشباه. زاد في البحر: وقد رأيت من يغلط في هذا المحل وأقره المصنف، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر. وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: ما يكون كفراً اتفاقاً: يبطل العمل والنكاح وأولاده أولاد زنا، وما فيه خلاف يؤمر بالاستغفار

والمستأمن، وشهادة نصرانيين على نصراني أو نصرانية صورتان، والباقي ظاهر. قوله: (لأن إنكاره توبة ورجوع) ظاهره ولو بدون إقرار بالشهادتين، وهو ظاهر قول المتون أول الباب وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان حيث لم يذكر والإقرار بالشهادتين. ويحتمل أن يكون المراد الإنكار مع الإقرار بهما، ويؤيده ما في كافي الحاكم، وإذا رفعت المرتدة إلى الإمام فقالت: ما ارتددت وأنا أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، كان هذا توبة منها اهـ. تأمل. ثم رأيت في البيري على الأشباه قال: كون مجرد الإنكار توبة غير مراد بل ذلك مقيد بثلاثة قيود. قال في الذخيرة عن بشر بن الوليد: إذا جحد المرتد الردة وأقر بالتوحيد وبمعرفة رسول الله ﷺ وبدين الإسلام فهذا منه توبة اهـ. قوله: (كحبط عمل) يأتي الكلام عليه. قوله: (وبطلان وقف) أي الذي وقفه حال إسلامه، سواء كان على قربة ابتداء أو على ذريته ثم على المساكين لأنه قربة ولا بقاء لها مع وجود الردة، وإذا عاد مسلماً لا يعود وقفه إلا بتجديد منه، وإذا مات أو قتل أو لحق كان الوقف ميراثاً بين ورثته. بحر عن الخصاف. قوله: (وبينونة زوجة) وتكون فسخاً عندهما. وقال محمد: فرقة بطلاق ولو هي المرتدة فبغير طلاق إجماعاً، ثم إذا تاب وأسلم ترتفع تلك البينونة. بيري عن شرح الطحاوي. وأقره السيد أبو السعود في حاشية الأشباه.

قلت: والظاهر أن قوله ترتفع أصله «لا ترتفع» فسقطت لفظة «لا» النافية من قلم الناسخ، وإلا فهو مخالف لفروعهم الكثيرة المقررة في باب نكاح الكافر وغيره، المصرحة بلزوم تجديد النكاح، ومنها ما يأتي قريباً، وصرح في البحر عن العناية أن البينونة لا تتوقف على إسلامه كبطلان وقفه فإنه لا يعود صحيحاً بإسلامه. تأمل. قوله: (لو فيما تقبل توبته) شرط في قوله السابق: «فيمتنع القتل» ط. قوله: (كما مر) قدمنا ما فيه. قوله: (وقد رأيت من يغلط في هذا المحل) أي حيث فهم أن الشهادة لا تقبل أصلاً حتى في بقية الأحكام المذكورة. قوله: (فالمستثنى أربعة عشر) صوابه خمسة عشر؛ لأن هذا زائد على ما تقدم، والوجه فيه أنه لم يتب حقيقة وإنما حكماً بجعل إنكاره توبة فهو داخل في المسلم الذي ارتد ولم يتب ط. قوله: (وأولاده أولاد زنا)

والتوبة وتجديد النكاح (ولا يترك) المرتد (على ردته بإعطاء الجزية، ولا بأمان مؤقت، ولا بأمان مؤبد، ولا يجوز استرقاقه بعد اللحاق) بدار الحرب، بخلاف المرتدة. خانية (والكفر) كله (ملة واحدة) خلافاً للشافعي.

(فلو تنصر يهودي أو عكسه ترك على حاله) ولم يجبر على العود (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً، فإن أسلم عاد ملكه، وإن مات أو قتل على ردته) أو حكم بلحاقه (ورث كسب إسلامه وارثه المسلم)

كذا في فصول العمادي، لكن ذكر في نور العين: ويجدد بينهما النكاح إن رضيت زوجته بالعود إليه وإلا فلا تجبر، والمولود بينهما قبل تجديد النكاح بالوطء بعد الردة يثبت نسبه منه، لكن يكون زنا اهـ.

قلت: ولعل ثبوت النسب لشبهة الخلاف فإنها عند الشافعي لا تبين منه. تأمل.
قوله: (والتوبة) أي تجديد الإسلام. قوله: (وتجديد النكاح) أي احتياطاً كما في الفصول العمادية، وزاد فيها قسماً ثالثاً فقال: وما كان خطأ من الألفاظ ولا يوجب الكفر فقائله يقر على حاله، ولا يؤمر بتجديد النكاح، ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك. وقوله احتياطاً: أي يأمره المفتي بالتجديد ليكون وطؤه حلالاً باتفاق، وظاهره أنه لا يحكم القاضي بالفرقة بينهما، وتقدم أن المراد بالاختلاف ولو رواية ضعيفة ولو في غير المذهب. قوله: (بخلاف المرتدة) أي فإنها تسترق بعد اللحاق بدار الحرب وتجبر على الإسلام بالضرب والحبس ولا تقتل، كما صرح به في البدائع، ولا يكون استرقاقها مسقطاً عنها الجبر على الإسلام كما لو ارتدت الأمة ابتداء فإنها تجبر على الإسلام. بحر. قوله: (ويزول ملك المرتد الخ) أي خلافاً لهما. وفي البدائع: لا خلاف أنه إذا أسلم فأمواله باقية على ملكه، وأنه إذا مات أو قتل أو لحق تزول عن ملكه، وإنما الخلاف في زوالها بهذه الثلاثة مقصوراً على الحال عندهما ومستنداً إلى وقت وجود الردة عنده وتظهر الثمرة في تصرفاته، فعندهما نافذة قبل الإسلام، وعنده موقوفة لوقوف أملاكه اهـ. قيد بالملك لأنه لا توقف في إحباط عمله وفرقة زوجته وتجديد الإيمان، فإن الارتداد فيها عمل عمله، كما في العناية. وتقدم أن من عباداته التي بطلت وقفه وأنه لا يعود بإسلامه، وكذا لا توقف في بطلان إيجاره واستئجاره ووصيته وإيصائه وتوكيله ووكالته، وتمامه في البحر.

قلت: ويستثنى من فرقة الزوجة ما لو ارتدا معاً فإنه يبقى النكاح كما صرح به في العناية. وفي البحر: وأفاد أن الكلام في الحر، ولذا قال في الخانية: وتصرف المكاتب في ردته نافذ في قولهم. زاد في النهر عن السراج: وكسبه حال الردة لمولاه. قوله: (فإن أسلم الخ) جملة معترضة لما قبلها ط. قوله: (وورث كسب إسلامه وارثه المسلم) أشار إلى

ولو زوجته بشرط العدة. زيلعي (بعد قضاء دين إسلامه، وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته) وقالا: ميراث أيضاً ككسب المرتدة

أن المعتبر وجود الوارث عند الموت أو القتل أو الحكم باللحاق، وهو رواية محمد عن الإمام، وهو الأصح، وروي عنه اعتبار وقت الردة، وروي اعتبارهما معاً؛ فعلى الأصح لو كان له ولد كافر أو عبد يوم الردة فعتق أو أسلم بعدها قبل أحد الثلاثة ورثه، وكذا لو ولد من علوق حادث بعدها إذا كان مسلماً تبعاً لأمه بأن علق من أمة مسلمة، وتمامه في البحر، لكن قوله أو الحكم باللحاق خلاف الأصح، فإن الأصح وهو ظاهر الرواية اعتبار وجود الوارث عند اللحاق، وروي عند الحكم به كما في شرح السير الكبير. قوله: (ولو زوجته) لأنه بالردة كأنه مرض مرض الموت لاختياره سبب الموت بإصراره على الكفر مختاراً حتى قتل. نهر. قوله: (بشرط العدة) قال في النهر هذا يقتضي أن غير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية، وليست الردة موتاً حقيقياً؛ بدليل أن المدخول إنما تعتد بعد موته بالحيض لا بالأشهر، فلا تنتهض سبباً للإرث، والإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت. هذا حاصل ما في الفتح اهـ. قوله: (بعد قضاء دين إسلامه الخ) هذا: أعني قضاء دين إسلامه من كسب الإسلام، ودين الردة من كسبها، رواه زفر عن الإمام. وروى أبو يوسف عنه أنه من كسب الردة، إلا أن لا يفي فيقضي الباقي من كسب الإسلام. وروى الحسن عنه أنه من كسب الإسلام إلا أن لا يفي فيقضي الباقي من كسب الردة. قال في البدائع والولوالجية: وهو الصحيح، لأن دين الميت إنما يقضى من ماله وهو كسب إسلامه؛ فأما كسب الردة فلجماعة المسلمين، فلا يقضى منه الدين إلا لضرورة فإذا لم يف تحققت. نهر. فما في المتن تبعاً للكنز ضعيف كما في البحر.

قلت: لكن الحكم عليه بالضعف غير مسلّم، فإنه جرى عليه أصحاب المتون كالمختار والوقاية والمواهب والملتقى، وهي موضوعة لنقل المذهب كما صرحوا به.

تنبيه: في القهستاني: هذا إذا كان له كسبان، وإلا قضى مما كان بلا خلاف، وهذا أيضاً إذا ثبت الدين بغير الإقرار وإلا ففي كسب الردة. قوله: (وكسب ردته فيء) أي للمسلمين فيوضع في بيت المال. قهستاني. والمراد ما اكتسبه قبل اللحاق. أما ما اكتسبه في دار الحرب فهو لابنه الذي ارتد ولحق معه إذا مات مرتداً لأنه اكتسبه وهو من أهل الحرب وهم يتوارثون فيما بينهم، فلو لحق معه ابن مسلم ورث كسب إسلامه فقط، وتمامه في شرح السير. قوله: (وقالا ميراث أيضاً) لأن زوال ملكه عندهما مقصور على الحال كما مر. قوله: (ككسب المرتدة) فإنه لورثتها، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه. وإن كانت صحيحة لا يرثها، لأنها لا تقتل، فلم يتعلق حقه بمالها بالردة، بخلاف المرتد.

(وإن حكم) القاضي (بلحاقه عتق مدبره) من ثلث ماله (وأم ولده) من كل ماله (وحل دينه) وقسم ماله ويؤدي مكاتبه إلى الورثة، والولاء للمرتد لأنه المعتق. بدائع. وينبغي أن لا يصح القضاء به إلا في ضمن دعوى حق العبد. نهر

والحاصل أن زوجة المرتد ترث منه مطلقاً وزوج المرتدة لا يرثها، إلا إذا ارتدت وهي مريضة. بحر. وسيأتي أيضاً. قوله: (وإن حكم بلحاقه) كان الأولى للمصنف أن يذكر الحكم باللحاق أولاً كما عبر الشارح ويقول: وعتق مدبره الخ، عطفاً على ورث لئلا يوهم اختصاص العتق بالحكم باللحاق وإن كان يفهم منه أن الموت والقتل مثله فإنه تطويل بلا فائدة، كما أفاده ح. قوله: (من ثلث ماله) الظاهر أن المراد به كسب الإسلام ح. وبه جزم ط بناء على ما مر من الصحيح. قوله: (وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام فصار كالموت، إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء لاحتمال العود. وإذا تقرر موته ثبت الأحكام المتعلقة به كما ذكر. نهر. قوله: (ويؤدي مكاتبه) أي يؤدي بدل كتابته. قوله: (والولاء للمرتد) أي لورثته ابتداء فيرثه العصبة بنفسه، بخلاف ما إذا كان للورثة فإنه يدخل فيه الإناث ط. قوله: (وينبغي الخ) اعلم أن بعضهم لا يشترط القضاء باللحاق، بل يكتفي بالقضاء بحكم من أحكامه، وعامتهم على أنه يشترط القضاء به سابقاً على القضاء بالأحكام. أفاده في المجتبى ونحوه في الفتح. وظاهره أن القضاء باللحاق قصداً صحيح، وينبغي أن لا يصح إلا في ضمن دعوى حق لعبد، لأن اللحاق كالموت، ويوم الموت لا يدخل تحت القضاء، فينبغي أن لا يدخل اللحاق تحت القضاء قصداً. بحر.

قال في النهر: وأقول ليس معنى الحكم بلحاقه سابقاً على هذه الأمور: أن يقول ابتداء حكمت بلحاقه، بل إذا ادعى مدبر مثلاً على وارثه أنه لحق بدار الحرب مرتداً، وأنه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضي حكم أولاً بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم اهـ. ونحوه في شرح المقدسي.

والحاصل: أن ما في المجتبى من الخلاف معناه أنه لو حكم القاضي بعتق المدبر يكفي عند البعض لثبوت اللحاق ضمناً، وأما عند العامة فلا بد من حكمه أولاً باللحاق لأنه السبب، وفي كونه في حكم الموت خلاف الشافعي، فللشبهة الخلاف لا بد من الحكم به أولاً ثم بالعتق، وليس المراد أنه يحكم باللحاق قبل دعوى المدبر مثلاً حتى يرد ما قاله في البحر، فقول الشارح: «إلا في ضمن دعوى حق العبد» معناه أن يسبق دعوى حق العبد، فيحكم به أولاً ثم بما ادعاه العبد لأنه الذي في النهر، وليس المراد أنه يكتفي عن الحكم به بالحكم بما ادعاه ليثبت الحكم باللحاق في ضمن

(و) اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام، فـ(ينفذ منه) اتفاقاً ما لا يعتمد تمام ولاية، وهي خمس: (الاستيلاد، والطلاق، وقبول الهبة، وتسليم الشفعة، والحجر على عبده) المأذون. (ويبطل منه) اتفاقاً ما يعتمد الملة وهي خمس: (النكاح، والذبيحة، والصيد، والشهادة،

الحكم الأول، فافهم. قوله: (واعلم الخ) بيان لتصرفه حال ردته بعد بيان حكم أملاكه قبل ردته. بحر. قوله: (على أربعة أقسام) نافذ اتفاقاً، باطل اتفاقاً، موقوف اتفاقاً، موقوف عنده نافذ عندهما ط. قوله: (ما لا يعتمد تمام ولاية) قال الزيلعي: لأنها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته اهـ ط. قوله: (الاستيلاد) صورته: إذا جاءت بولد، فادعاه، ثبت نسبه منه ويرث ذلك الولد مع ورثته، وتصير أم ولد له، بحر ط. قوله: (والطلاق) أي ما دامت في العدة، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة، بخلاف حرمة المحرمية فإنها لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة. فتح. من باب نكاح الكافر. وقدمنا هناك عن الخانية أن طلاقه إنما يقع قبل لحوقه، فلو لحق بدار الحرب فطلق امرأته لا يقع إلا إذا عاد مسلماً وهي في العدة، فطلقها.

وأورد أنه كيف يتصور طلاقه وقد بانت بردته. وأجيب بأنه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق، وقد سلف أن المبانة يلحقها الصريح في العدة. بحر: أي ولو كان الواقع بذلك الصريح بائناً كالطلاق الثلاث أو على مال، وكذا لو قال أنت طالق بائن، وأما قولهم إن البائن لا يلحق البائن فذاك إذا أمكن جعله إخباراً عن الأول؛ حتى لو قال أبنتك بأخرى يقع كما تقدم في الكنايات، فافهم. قوله: (وتسليم الشفعة والحجر) قال في البحر: ولا يمكن توقف التسليم لأن الشفعة بطلت به مطلقاً. وأما الحجر فيصح بحق الملك، فبحقيقة الملك الموقوف أولى اهـ.

قلت: ومفهومه أن له قبل إسلامه الأخذ بالشفعة. والذي في شرح السير أن ذلك قول محمد. وفي قول أبي حنيفة: لا شفعة له حتى يسلم، فلو لم يسلم ولم يطلب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد تمكنه بأن يسلم. قوله: (ما يعتمد الملة) أي ما يكون الاعتماد في صحته على كون فاعله معتقداً ملة من الملل ط: أي والمرتد لا ملة له أصلاً، لأنه لا يقر على ما انتقل إليه، وليس المراد ملة سماوية لئلا يرد النكاح، فإن نكاح المجوسي والوثني صحيح ولا ملة لهما سماوية، بل المراد الأعم. قوله: (النكاح) أي ولو لمرتدة مثله. قوله: (والذبيحة) الأولى والذبح لأنه من التصرفات. قوله: (والصيد) أي بالكلب والبازي ومثله الرمي. بحر. قوله: (والشهادة) أي أداؤها، لا تحملها ط. وذكر في الأشباه عن شهادات الولوالجية أنه يبطل ما رواه لغيره من

والإرث، ويتوقف منه) اتفاقاً ما يعتمد المساواة، وهو (المفاوضة) أو ولاية متعدية (و) هو (التصرف على ولده الصغير. و) يتوقف منه عند الإمام وينفذ عندهما كل ما كان مبادلة مال بمال أو عقد تبرع كـ(المبايعة) والصرف والسلم (والعتق والتدبير والكتابة والهبة) والرهن (والإجارة)) والصلح عن إقرار وقبض الدين، لأنه مبادلة حكمية (والوصية) وبقي أمانه وعقله ولا شك في بطلانهما. وأما إيداعه واستيداعه والتقاطه ولقطته فينبغي عدم جوازها. نهر (إن أسلم نفذ،

الحديث، فلا يجوز للسامع منه أن يرويه عنه بعد ردته اهـ. ولكن كلامنا فيما فعله في ردته وهذا قبلها. قوله: (الإرث) فلا يرث أحداً ولا يرثه أحد مما اكتسبه في ردته، بخلاف كسب إسلامه فإنه يرثه ورثته كما مر لاستناده إلى ما قبلها فهو إرث مسلم من مثله والكلام في إرث المرتد، فافهم. قوله: (ما يعتمد المساواة) أي بين المتعاقدين في الدين. قوله: (وهو المفاوضة) فإذا فاوض مسلماً توقفت اتفاقاً، فإن أسلم نفذت، وإن هلك بطلت، وتصير عناناً من الأصل عندهما، وتبطل عنده. بحر عن الخانية. قوله: (أو ولاية متعدية) أي إلى غيره. قوله: (ويتوقف منه عند الإمام) بناء على زوال الملك كما سلف. نهر. قوله: (وينفذ عندهما) إلا أنه عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام. وعند محمد: كما تصح من المريض لأنها تفضي إلى القتل ظاهراً. ط عن البحر. قوله: (والصرف والسلم) من عطف الخاص لأنهما من عقود المبايعة ط. قوله: (والهبة) هي من قبيل المبادلة إن كانت بعوض كما في النهر، ومن قبيل التبرع إن لم تكن ح. قوله: (والرهن) لأنه مضمون عند الهلاك بالدين فهو معاوضة مآلاً. قوله: (والصلح عن إقرار) أي فيكون مبادلة. وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فالمذكور في كتاب الصلح أنه معاوضة في حق المدعي، وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر. ومقتضاه أنه إن كان المرتد مدعياً فهو داخل في عقود المبادلة، وإن كان المدعى عليه يدخل في عقد التبرع. أفاده ط. لكن في كونه تبرعاً نظر، لأنه لم يدفع المال مجاناً، بل مفاداة ليمينه، فهو خارج عن مبادلة المال بالمال وعن عقد التبرع. تأمل. قوله: (لأنه مبادلة حكمية) وجهه ما قالوا إن الديون يقضي بمثلها وتقع المقاصة، فقابض الدين أخذ بدل ما تحقق في ذمة المدين: ط. قوله: (والوصية) أي التي في حال ردته، أما التي في حال إسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل قربة كانت أو غير قربة من غير ذكر خلاف، وتمامه في الشرنبلالية عن الفتح. قوله: (وبقي الخ) لما فرغ من ذكر المنقول في الأقسام الأربعة ذكر أشياء لم يصرحوا بها، فافهم. قوله: (ولا شك في بطلانهما) أما الأمان فلأنه لا يصح من الذمي، فمن المرتد أولى. وأما العقل فلأن المرتد لا ينصر ولا ينصر والعقل بالتنصر ح. قوله: (فينبغي عدم جوازها) عبارة النهر: فلا ينبغي التردد في جوازها

وإن هلك) بموت أو قتل (أو لحق بدار الحرب وحكم) بلحاقه (بطل) ذلك كله (فإن جاء مسلماً قبله) قبل الحكم (فكأنه لم يرتد) وكما لو عاد بعد الموت الحقيقي. زيلعي (وإن) جاء مسلماً (بعده وماله مع وارثه أخذه) بقضاء أو رضاء، ولو في بيت المال لا، لأنه فيء. نهر (وإن هلك) ماله (أو أزاله) الوارث (عن ملكه لا) يأخذه ولو قائماً لصحة القضاء، وله ولاء مدبره وأم ولده،

منه اهـ. فلفظة «عدم» من سبق القلم. قوله: (بطل ذلك كله) الإشارة ترجع إلى المتوقف اتفاقاً والمتوقف عند الإمام. ط. قوله. (فكأنه لم يرتد) فلا يعتق مدبره وأم ولده، ولا تحل ديونه، وله إبطال ما تصرف فيه الوارث لكونه فضولياً. بحر. وما مع وارثه يعود لملكه بلا قضاء ولا رضا من الوارث. در منتقى.

قلت: وكذا يبطل ما تصرّف فيه بنفسه بعد اللحاق قبل الحكم به، كما لو أعتق عبده الذي في دار الإسلام أو باعه من مسلم في دار الحرب ثم رجع تائباً قبل الحكم بلحاقه فما له مردود عليه وجميع ما صنع فيه باطل؛ لأنه باللحاق زال ملكه، وإنما توقف على القضاء دخوله في ملك وارثه، فتصرفه بعد اللحاق صادف مالاً غير مملوك له فلا ينفذ، وإن عاد إلى ملكه بعد كالبائع بشرط خيار المشتري إذا تصرف في المبيع لا ينفذ، وإن عاد إلى ملكه بفسخ المشتري؛ نعم لو أقرّ بحرية العبد أو بأنه لفلان صح، لأنه ليس بإنشاء التصرف بل هو إقرار لازم، كما لو أقر بعبد الغير ثم ملكه اهـ. ملخصاً من «شرح السير الكبير». قوله: (وكما لو عاد بعد الموت الحقيقي) أي لو أحيا الله تعالى ميتاً حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته بحر. إلا أنه ذكره بعد عود من حكم بلحاقه، وكذا ذكره الزيلعي، فكان على الشارح ذكره بعد قوله: «وإن جاء بعده» كما أفاده ح. قوله: (بقضاء أو رضا) لأن بقضاء القاضي بلحاقه صار المال ملكاً لورثته فلا يعود إلا بالقضاء؛ ألا ترى أن الوارث لو أعتق العبد بعد رجوع المرتد قبل القضاء برد المال عليه نفذ عتقه ولم يضمن للمرتد شيئاً، كما لو أعتقه قبل رجوع المرتد، وبهذا يستدل على أنه لا ينفذ عتق المرتد، لأن العتق يستدعي حقيقة الملك. شرح السير، ونقله في البحر عن التاترخانية، وبه جزم الزيلعي. قوله: (ولو في بيت المال لا) قال في النهر: وفي قوله: «وارثه» إيماء إلى أنه لا حق له فيما وجده من كسب ردته، لأن أخذه ليس بطريق الخلافة عنه بل لأنه فيء؛ ألا ترى أن الحربي لا يسترد ماله بعد إسلامه، وهذا وإن لم نره مسطوراً إلا أن القواعد تؤيده اهـ. وأصل البحث لصاحب البحر. وظاهره أن ما وضع في بيت المال لعدم الوارث له أخذه، ففي كلام الشارح إيهام كما أفاده السيد أبو السعود. قوله: (أو أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة، أو لا يقبله كعتق أو تدبير واستيلاد فإنه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه اهـ. فتح. قوله: (وله ولاء مدبره وأم ولده) أفاد أنهم لا يعودون

ومكاتبه له إن لم يؤد، وإن عجز عاد رقيقاً له. بدائع (ويقضي ما ترك من عبادة في الإسلام) لأن ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة (وما أدى منها فيه يبطل، ولا يقضي) من العبادات

في الرق، لأن القضاء بعتقهم قد صح، والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان. فتح. قوله: (ومكاتبه له) مبتدأ وخبر. قوله: (إن لم يؤد) أي إلى الورثة بدل الكتابة فيأخذها من المكاتب: وأما إن أداه إليهم فلا سبيل له عليه، لأنه عتق بأداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ، ويؤخذ منهم المال لو قائماً، وإلا لا ضمان عليهم كسائر أمواله: بحر.

مَطْلَبٌ: الْمَعْصِيَةُ تَبْقَى بَعْدَ الرِّدَّةِ

قوله: (والمعصية تبقى بعد الردة) نقل ذلك مع التعليل قبله في الخانية عن شمس الأئمة الحلواني. قال القهستاني: وذكر التمرتاشي أنه يسقط عند العامة ما وقع حال الردة وقبلها من المعاصي، ولا يسقط عند كثير من المحققين اهـ. وتمامه فيه.

قلت: والمراد أنه يسقط عند العامة بالتوبة والعود إلى الإسلام للحديث «الإِسْلَامُ يَجُبُّ مَا قَبْلَهُ»[1]. وأما في حال الردة فيبقى ما فعله فيها أو قبلها إذا مات على ردته، لأنه بالردة ازداد فوقه ما هو أعظم منه تكيف تصلح ماحية له؛ بل الظاهر عود معاصيه التي تاب منها أيضاً، لأن التوبة طاعة وقد حبطت طاعاته ويدل له ما في التاترخانية عن السراجية: «من ارتد ثم أسلم ثم كفر ومات فإنه يؤاخذ بعقوبة الكفر الأول والثاني، وهو قول الفقيه أبي الليث» اهـ. ثم لا يخفى أن هذا الحديث يؤيد قول العامة: ولا ينافيه وجوب قضاء ما تركه من صلاة أو صيام ومطالبته بحقوق العباد لأن قضاء ذلك كله ثابت في ذمته، وليس هو نفس المعصية وإنما المعصية إخراج العبادة عن وقتها وجنايته على العبد فإذا سقطت هذه المعصية لا يلزم سقوط الحق الثابت في ذمته، كما أجاب بعض المحققين بذلك عن القول بتكفير الحج المبرور الكبائر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

مَطْلَبٌ: لَوْ تَابَ الْمُرْتَدُّ، هَلْ تَعُودُ حَسَنَاتُهُ؟

قوله: (وما أدى منها فيه يبطل) في التاترخانية معزياً إلى التتمة: قيل له: لو تاب تعود حسناته؟ قال: هذه المسألة مختلفة؛ فعند أبي علي وأبي هاشم وأصحابنا أنه يعود. وعند أبي القاسم الكعبي: لا، ونحن نقول: إنه لا يعود ما بطل من ثوابه، لكنه تعود طاعاته المتقدمة مؤثرة في الثواب بعد. اهـ. بحر.

وفي شرح المقاصد للمحقق التفتازاني في بحث التوبة: ثم اختلفت المعتزلة في

---

(١) أخرجه أحمد ٤/ ١٩٩ وابن سعد (٧/ ٢/ ١٩١) والبيهقي في الدلائل ٤/ ٣٥١ وكشف الخفا ١/ ١٤٠.

(إلا الحج) لأنه بالردة صار كالكافر الأصلي، فإذا أسلم وهو غني فعليه الحج فقط.

(مسلم أصاب مالاً أو شيئاً يجب به القصاص أو حد السرقة) يعني المال المسروق لا الحد. خانية. (وأصله أنه يؤاخذ بحق العبد، وأما غيره ففيه التفصيل

أنه إذا سقط استحقاق عقاب المعصية بالتوبة هل يعود استحقاق ثواب الطاعة الذي أبطلته تلك المعصية؟ فقال أبو علي وأبو هاشم: لا، لأن الطاعة تنعدم في الحال، وإنما يبقى استحقاق الثواب وقد سقط والساقط لا يعود. وقال الكعبي: نعم لأن الكبيرة لا تزيل الطاعة وإنما تمنع حكمها، وهو المدح والتعظيم فلا تزيل ثمرتها، فإذا صدرت بالتوبة كان لم تكن ظهرت ثمرة الطاعة كنور الشمس إذا زال الغيم. وقال بعضهم، وهو اختيار المتأخرين: لا يعود ثوابه السابق لكن تعود طاعته السابقة مؤثرة في استحقاق ثمراته وهو المدح، والثواب في المستقبل بمنزلة شجرة احترقت بالنار أغصانها وثمارها ثم تطفأت النار، فإنه يعود أصل الشجرة وعروقها إلى خضرتها وثمرتها اهـ. وهذا يفيد أن الخلاف بين أبي علي وأبي هاشم، وبين الكعبي على عكس ما مر، وأن الخلاف في إحباط الكبائر للطاعات لأن هؤلاء الجماعة من المعتزلة. وعندهم أن الكبيرة تخرج صاحبها من الإيمان لكنها لا تدخله في الكفر، وإن كان يخلد في النار، ويلزم من إخراجه من الإيمان حبط طاعاته، فالكبيرة عندهم من هذه الجهة بمنزلة الردة عندنا، فيصح نقل الخلاف المذكور إلى الردة. تأمل. قوله: (إلا الحج) لأن سببه البيت المكرم وهو باق، بخلاف غيره من العبادات التي أداها لخروج سببها؛ ولهذا قالوا: إذا صلى الظهر مثلاً ثم ارتد ثم تاب في الوقت يعيد الظهر لبقاء السبب وهو الوقت، ولذا اعترض اقتصاره على ذكر الحج وتسميته قضاء، بل هو إعادة لعدم خروج السبب. قوله: (لأنه بالردة الخ) علة لقوله: «ولا يقضي» ولقوله: «إلا الحج» ط. قوله: (أصاب مالاً) أي أخذه وقوله: «أو شيئاً» أي فعل شيئاً الخ. ط. قوله: (يعني المال المسروق لا الحد) الأولى ذكره عند قول المصنف «يؤاخذ به» وليس ذلك في عبارة الخانية ولا هو محل إيهام، لأن قوله: «أو حد» مرفوع عطفاً على فاعل «يجب» لا منصوب عطفاً على مفعول «أصاب» حتى يحتاج للتفسير. قوله: (وأصله) أي القاعدة فيما ذكر. هـ. قوله: (أنه يؤاخذ بحق العبد) أي لا يسقط عنه بالردة، إلا إذا كانت ممن لا يقتل بها كالمرأة ونحوها إذا لحقت بدار الحرب فسبيت فصارت أمة يسقط عنها جميع حقوق العباد، إلا القصاص في النفس فإنه لا يسقط. بيري عن شرح الطحاوي. قوله: (ففيه التفصيل) وهو أنه يقضي ما ترك من عبادة في الإسلام كما مر.

(أو الدية ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد في دار الإسلام ثم لحق) وحاربنا زماناً (ثم جاء مسلماً يؤاخذ به كله، ولو أصابه بعدما لحق مرتداً فأسلم لا) يؤاخذ بشيء من ذلك، لأن الحربي لا يؤاخذ بعد الإسلام بما كان أصابه حال كونه محارباً لنا.

(أخبرت بارتداد زوجها فلها التزوج بآخر بعد العدة) استحساناً (كما في الإخبار) من ثقة (بموته أو تطليقه) ثلاثاً، وكذا لو لم يكن ثقة فأتاها بكتاب طلاقها وأكبر رأيها أنه حق لا بأس بأن تعتد وتتزوج. مبسوط.

(والمرتدة) ولو صغيرة أو خنثى. بحر (تحبس) أبداً، ولا تجالس ولا تؤاكل

وأما الحدود. ففي شرح السير: لو أصاب المسلم مالاً أو ما يجب به القصاص أو حد القذف ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد ثم لحق ثم تاب فهو مأخوذ به لا لو أصابه بعد اللحاق ثم أسلم. وما أصابه المسلم من حدود الله تعالى في زنا أو سرقة أو قطع طريق ثم ارتد أو أصابه بعد الردة ثم لحق ثم أسلم فهو موضوع عنه إلا أنه يضمن المال المسروق، والدم في قطع الطريق بالقصاص أو الدية لو خطأ على العاقلة لو قبل الردة، وفي ماله لو بعدها. وما أصابه من حد الشرب ثم ارتد ثم أسلم قبل اللحاق لا يؤاخذ به، وكذا لو أصابه وهو مرتد محبوس في يد الإمام ثم أسلم، لأن الحدود زواجر عن أسبابها فلا بد من اعتقاد المرتكب حرمة السبب، ويؤخذ بما سواه من حدوده تعالى لاعتقاده حرمة السبب وتمكن الإمام من إقامته لكونه في يده؛ فإن لم يكن في يده حين أصابه ثم أسلم قبل اللحاق لا يؤخذ به أيضاً اهـ ملخصاً. قوله: (أو الدية) أي على عاقلته إن أصاب ذلك قبل الردة، وفي ماله إن أصابه بعدها كما مر. قوله: (وحاربنا زماناً) تأكيد لقوله «ثم لحق» وكذا بدون ذلك بالأولى. قوله: (أخبرت بارتداد زوجها) أي من رجلين أو رجل وامرأتين على رواية السير. وعلى رواية كتاب الاستحسان يكفي خبر الواحد العدل، لأن حل التزوج وحرمته أمر ديني، كما لو أخبر بموته. والفرق على الرواية الأولى أن ردة الرجل يتعلق بها استحقاق القتل كما في شرح السير الكبير للسرخسي. ونقل المصنف عنه أن الأصح رواية الاستحسان، ومثله في الشرنبلالية معللاً بأن المقصود الإخبار بوقوع الفرقة لا إثبات الردة. قوله: (أو تطليقه ثلاثاً) ينبغي أن يكون البائن مثله، وظاهره أنها في الرجعي لا يجوز لها التزوج ولعله لاحتمال المراجعة وليحرر ط. قوله: (فأتاها بكتاب) ظاهره أن غير الثقة لو لم يأتها بكتاب لا يحل لها وإن كان أكبر رأيها صدقه تأمل. قوله: (لا بأس بأن تعتد) أي من حين الطلاق أو الموت لا من حين الإخبار فيما يظهر. تأمل. ثم لا يخفى أنه إذا ظهرت حياته أو أنكر الطلاق أو الردة ولم تقم عليه بينة شرعية يفسخ النكاح الثاني وتعود إليه. قوله: (تحبس) لم يذكر ضربها في ظاهر الرواية. وعن الإمام أنها تضرب في كل

حقائق (حتى تسلم ولا تقتل) خلافاً للشافعي (وإن قتلها أحد لا يضمن) شيئاً ولو أمة في الأصح، وتحبس عند مولاها لخدمته سوى الوطء، سواء طلب ذلك أم لا في الأصح، ويتولى ضربها جمعاً بين الحقين.

وليس للمرتدة التزوج بغير زوجها به يفتى. وعن الإمام: تسترق ولو في دار الإسلام. ولو أفتى به حسماً لقصدها السيء لا بأس به، وتكون قنة للزوج بالاستيلاء مجتبى. وفي الفتح أنها فيء للمسلمين، فيشتريها من الإمام أو يهبها له

يوم ثلاثة أسواط. وعن الحسن تسعة وثلاثين إلى أن تموت أو تسلم، وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي إليه، كذا في الفتح. واختار بعضهم أنها تضرب خمسة وسبعين سوطاً، وهذا ميل إلى قول الثاني في نهاية التعزير. وقال في الحاوي القدسي: وهو المأخوذ به في كل تعزير بالضرب. نهر. وجزم الزيلعي بأنها تضرب في كل ثلاثة أيام. وظاهر الفتح تضعيفه كما مر. والظاهر اختصاص الضرب والحبس بغير الصغيرة تأمل، وسنذكر ما يؤيده. قوله: (ولا تقتل) يستثنى الساحرة كما تقدم، وكذا من أعلنت بشتم النبي ﷺ كما مر في الجزية. قوله: (خلافاً للشافعي) أي وباقي الأئمة، والأدلة مذكورة في الفتح. قوله: (لا يضمن شيئاً) لكنه يؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل. بحر. قوله: (وليس للمرتدة التزوج بغير زوجها) في كافي الحاكم: وإن لحقت بدار الحرب كان لزوجها أن يتزوج أختها قبل أن تنقضي عدتها، فإن سبيت أو عادت مسلمة لم يضر ذلك نكاح الأخت وكانت فيئاً إن سبيت وتجبر على الإسلام، وإن عادت مسلمة كان لها أن تتزوج من ساعتها اهـ. وظاهره أن لها التزوج بمن شاءت، لكن قال في الفتح: وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة رداً عليها، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطاً، واختاره قاضيخان للفتوى اهـ. قوله: (وعن الإمام) أي في رواية النوادر كما في الفتح. قوله: (ولو أفتى به الخ) في الفتح: قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسماً لقصدها السيء بالردة من إثبات الفرقة. قوله: (وتكون قنة للزوج بالاستيلاء) هذا في الفتح. قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام اهـ. قوله: (وفي الفتح الخ) هذا ذكره في الفتح قبل الذي نقلناه عنه آنفاً.

وحاصله أنها إذا ارتدت في دار الإسلام صارت فيئاً للمسلمين فتسترق على رواية النوادر بأن يشتريها من الإمام أو يهبها له. أما لو ارتدت فيما استولى عليه الكفار وصار دار حرب فله أن يستولي عليها بنفسه بلا شراء ولا هبة، كمن دخل دار الحرب

لو محصناً (وصح تصرفها) لأنها لا تقتل (وأكسابها) مطلقاً (لورثتها) ويرثها زوجها المسلم لو مريضة وماتت في العدة كما مر في طلاق المريض.

قلت: وفي الزواهر أنه لا يرثها لو صحيحة لأنها لا تقتل فلم تكن فارة؛ فتأمل.

(ولدت أمته ولداً فادعاه فهو ابنه حراً يرثه في) أمته (المسلمة مطلقاً) ولدته لأقل من نصف حول أو أكثر (لإسلامه تبعاً لأمه، والمسلم يرث المرتد (إن مات المرتد) أو لحق بدارهم، وكذا في (أمته النصرانية) أي الكتابية (إلا إذا جاءت به لأكثر من نصف حول منذ ارتد) وكذا لنصفه لعلوقه من ماء المرتد فيتبعه لقربه للإسلام بالجبر عليه، والمرتد لا يرث المرتد (وإن لحق بماله) أي مع ماله

متلصصاً وسبي منهم، وهذا ليس مبنياً على رواية النوادر لأن الاسترقاق وقع في دار الحرب لا في دار الإسلام. قوله: (وصح تصرفها) أي لا تتوقف تصرفاتها من مبايعة ونحوها، بخلاف المرتد؛ نعم يبطل منها ما يبطل من تصرفاته المارة. قوله: (لأنها لا تقتل) فلم تكن ردتها سبباً لزوال ملكها فجاز تصرفها في مالها بالإجماع. بحر عن البدائع. قال المقدسي: فلو كانت ممن يجب قتلها كالساحرة والزنديقة ينبغي أن تلحق بالمرتد. قوله: (وأكسابها مطلقاً لورثتها) أي سواء كانت كسب إسلام أو كسب ردة. قال في النهر تبعاً للبحر: وينبغي أن يلحق بها من لا يقتل إذا ارتد لشبهة في إسلامه كما مر. قوله: (لو مريضة) لأنها تكون فارة كما قدمناه. قوله: (لو صحيحة) أي لو ارتدت حال كونها صحيحة. قوله: (فلم تكن فارة) لأنها إذا كانت لا تقتل لم تكن ردتها في حكم مرض الموت فلم تكن فارة فلا يرثها لأنها بانت منه ولو ماتت في العدة، بخلاف ردته لأنها في حكم مرض الموت مطلقاً فترثه مطلقاً. قوله: (فتأمل) ما ذكره في الزواهر مفهوم مما قبله، وقدمنا التصريح به عن البحر، وتقدم متناً في باب طلاق المريض أيضاً فلم يظهر وجه الأمر بالتأمل؛ نعم يوجد في بعض النسخ قبل قوله قلت ما نصه: ويرثها زوجها المسلم استحساناً إن ماتت في العدة وترث المرتدة زوجها المرتد اتفاقاً. حاوية.

قلت: وفي الزواهر الخ، وعليه فالأمر بالتأمل وارد على إطلاق قول الحاوية يرثها زوجها المسلم، والله سبحانه أعلم. قوله: (ولدته لأقل من نصف حول) أي من وقت الارتداد. ط. قوله: (أي الكتابية) فسره به ليعم اليهودية. ط. قوله: (إلا إذا جاءت به لأكثر الخ) استثناء من قوله: فيرثه؛ أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان العلوق في حالة الإسلام فيكون مسلماً يرث المرتد. درر. قوله: (بالجبر عليه) أي على

(وظهر عليه فهو) أي ماله (فيء) لا نفسه، لأن المرتد لا يسترق (فإن رجع) أي بعدما لحق بلا مال سواء قضي بلحاقه أوّلاً في ظاهر الرواية وهو الوجه. فتح (فلحق) ثانياً (بماله وظهر عليه فهو لوارثه) لأنه باللحاق انتقل لوارثه فكان ملكاً قديماً، وحكمه ما مر أنه له (قبل قسمته بلا شيء وبعدها بقيمته) إن شاء، ولا يأخذه لو مثلياً لعدم الفائدة (وإن قضي بعبد) شخص (مرتد لحق) بدارهم (لابنه فكاتبه) الابن (فجاء) المرتد (مسلماً قبلها) والولاء كلاهما (للأب) الذي عاد مسلماً لجعل الابن كالوكيل.

الإسلام، فالظاهر من حاله أن يسلم درر: أي بخلاف ما إذا انبع أمه الكتابية لأنها لا تجبر عليه. قوله: (وظهر عليه) بالبناء للمجهول: أي غلب وقهر. قوله: (فيء) أي غنيمة يوضع في بيت المال لا لورثته. بحر. قوله: (لأن المرتد لا يسترق) بل يقتل إن لم يسلم. ولا يشكل كون ماله فيئاً دون نفسه لأن مشركي العرب كذلك. بحر. قوله: (بلا مال) متعلق بلحق.

بقي ما إذا لحق ببعض ماله ثم رجع ولحق بالباقي، ومقتضى النظر أن ما لحق به أوّلاً فيء، وما لحق به ثانياً لورثته اهـ ح. قوله: (في ظاهر الرواية) لأن عوده وأخذه ولحاقه ثانياً يرجح جانب عدم العود ويؤكده، فيتقرر موته، وما احتيج للقضاء باللحاق لصيرورته ميراثاً إلا ليترجح عدم عوده فتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته، فكان رجوعه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء. وفي بعض روايات السير جعله فيئاً، لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكاً للورثة، والوجه ظاهر الرواية، كذا في الفتح تبعاً للنهاية والعناية وفخر الإسلام من أن ظاهر الرواية الإطلاق، واعتمده في الكافي، وبه سقط إشكال الزيلعي على النهاية. أفاده في البحر. قوله: (وحكمه) أي حكم المالك القديم إذا وجد ملكه في الغنيمة ما مر في الجهاد من التفصيل المذكور. قوله: (لعدم الفائدة) أي في أخذه ودفع مثله. قوله: (لحق بدارهم) أي بدار أهل الحرب. قوله: (فجاء المرتد مسلماً) يعني قبل أداء البدل للابن، إذ لو كان بعده يكون الولاء للابن، وقيد بالكتابة لأن الابن إذا دبره ثم جاء الأب مسلماً فإن الولاء للابن دون الأب كما في البحر عن التاترخانية، وكأن الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم تكن في معنى العتق من كل وجه، بخلاف التدبير. نهر. قوله: (كلاهما للأب) قال في البحر: أشار به إلى أنه لا يملك فسخ الكتابة لصدورها عن ولاية شرعية، وقد صرح به الزيلعي، وقدمنا عن الخانية أنه يملك إبطال كتابة الوارث قبل أداء جميع البدل؛ إلا أن يقال: إن مرادهم أنه لا يملك فسخها بمجرد مجيئه من غير أن يفسخها، أما إذا فسخها انفسخت إلا أن حملهم الوارث

(مرتد قتل رجلاً خطأً فلحق أو قتل فديته في كسب الإسلام) إن كان، وإلا ففي كسب الردة. بحر عن الخانية. وكذا لو أقرّ بغصب، أما لو كان الغصب بالمعاينة أو بالبينة فإنه في الكسبين اتفاقاً. ظهيرية. واعلم أن جناية العبد والأمة والمكاتب والمدبر كجنايتهم في غير الردة (قطعت يده عمداً فارتد والعياذ بالله ومات منه أو لحق) فحكم به (فجاء مسلماً فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لوارثه) في المسألتين لأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت، قيد بالعمد لأنه في الخطإ على العاقلة (و) قيدنا بالحكم بلحاقه لأنه (إن) عاد قبله أو

كالوكيل من جهته بإباء اهـ. قوله: (فلحق) أما لو قتل بعد اللحاق ثم جاء تائباً فلا شيء عليه، وكذا لو غصب أو قذف لصيرورته في حكم أهل الحرب. بحر. قوله: (فديته في كسب الإسلام) هذا بناء على رواية الحسن المصححة كما قدمناه من أن دين المرتد يقضي من كسب إسلامه، إلا أن لا يفي، فمن كسب ردته كما يظهر من عبارة البحر، وهذا خلاف ما مشى عليه المصنف كغيره في الدين. قوله: (عن الخانية) صوابه عن التاترخانية: وفيه ردّ على قول الفتح: لو لم يكن له إلا كسب ردة فقط فجنايته على حدته خلافاً لهما. قال في البحر: والظاهر أنه سهو، ثم قال: وإن كان له الكسبان فالآ يستوفي منهما. وقال الإمام: من كسب الإسلام أولاً، فإن فضل شيء استوفى من كسب الردة. قوله: (وكذا) ظاهره أن الإشارة إلى ما قبله من وجوبه ففي كسب الإسلام إن كان الخ؛ وهو صريح عبارة النهر عن الفوائد الظهيرية، لكن في الشرنبلالية عن فوائد الظهيرية: وإن ثبت ذلك بإقراره فعندهما: يستوفي من الكسبين جميعاً، وعنده: من كسب الردة، لأن الإقرار تصرف منه فيصح في ماله وكسب الردة ماله عنده اهـ. ومثله في البحر عن التاترخانية. قوله: (كجنايتهم في غير الردة) فيخير السيد بين الدفع والفداء، والمكاتب موجب جنايته في كسبه، وأما الجناية عليهم فهدر. أفاده في البحر. وأما جناية المدبر فستأتي في الجنايات ط. قوله: (فارتد) أفاد أن الردة بعد القطع، فلو قبله لا يضمن قاطعه، إذ لو قتله لا يضمن كما مر. قوله: (والعياذ بالله) مبتدأ وخبر، أو بالنصب مفعول مطلق: أي نعوذ العياذ بالله تعالى. قوله: (ومات منه) أي من القطع: أي مات مرتداً، فلو مسلماً فيأتي. قوله: (نصف الدية) أي ضمن دية اليد فقط وذلك نصف دية النفس، ولا يضمن بالسراية إلى النفس شيئاً. قوله: (لوارثه) إنما كانت له لأنها بمنزلة كسب الإسلام ط. قوله: (لأن السراية الخ) تعليل للمسألة الأولى، وعلل الثانية في الهداية بأنه صار ميتاً تقديراً، والموت يقطع السراية، وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى اهـ. وإنما سقط القصاص لاعتراض الردة. قوله: (لأنه في الخطإ على العاقلة) الضمير يرجع إلى ما ذكر من

(أسلم قاطعاً) ولم يلحق (فمات منه) بالسراية (ضمن) الدية (كلها) لكونه معصوماً وقت السراية أيضاً. ولو ارتد القاطع فقتل أو مات ثم سرى إلى النفس فهدر لو عمداً لفوات محل القود ولو خطأ فالدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم خانية. ولا عاقلة لمرتد.

(ولو ارتدّ مكاتب ولحق) واكتسب مالاً (وأخذ بماله و) لم يسلم فقتل (فبدل مكاتبته لمولاه، وما بقي) من ماله (لوارثه) لأن الردة لا تؤثر في الكتابة.

(زوجان ارتدا ولحقا فولدت) المرتدة (ولداً وولد له) أي لذلك المولود (ولد فظهر عليهم) جميعاً (فالولدان فيء) كأصلهما

ضمان نصف الدية، وفيه أن العاقلة لا تعقل الأطراف فليتأمل ط.

أقول: لم نر من قال ذلك، وإنما المصرّح به أن العاقلة لا تعقل ما دون نصف عشر الدية، والواجب هنا نصف الدية فتتحمله العاقلة بلا شبهة. قوله: (كلها) هذا عندهما، وعند محمد: النصف. بحر. قوله: (ارتد القاطع) لما بين حكم المقطوع المرتد أراد بيان حكم القاطع المرتد ط. قوله: (لفوات محل القود) مقتضاه عدم الفرق في القاطع بين أن يرتد أو لا ط.

قلت: وقد صرحوا في الجنايات بأن موت القاتل قبل المقتول مسقط للقود. قوله: (فالدية على العاقلة) لأنه حين القطع كان مسلماً وتبين أن الجناية قتل. بحر. قوله: (ولا عاقلة لمرتد) اعترض بأنه لا محل له هنا، بل محله عند قوله: «مرتد قتل رجلاً خطأ».

قلت: أشار بذكره هنا إشارة خفية كما هو عادته شكر الله تعالى سعيه إلى فائدة التقييد بكون الردة بعد القطع في قوله: «ارتد القاطع» وهي ما لو كان القطع في حال الردة فإنه لا شيء على العاقلة لأنه لا عاقلة للمرتد، فاستغنى بالتعليل عن التصريح بالمعلل لانفهامه مما قبله، ولا تنس قوله في خطبة الكتاب «فربما خالفت في حكم أو دليل» فحسبه من لا اطلاع له ولا فهم عدولاً عن السبيل الخ، فافهم. قوله: (وأخذ بماله) أي أسر مع ماله الذي اكتسبه في زمن ردته. نهر. قوله: (فبدل مكاتبته لمولاه الخ) أما على أصلهما فظاهر، لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً؛ وأما عنده فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة، فكذا أكسابه. بحر. قوله: (ولحقا فولدت) وكذا إذا ولدت قبل الردة ثم لحقا به أو أحدهما إلى دار الحرب فإنه خرج عن الإسلام لأنه كان بالتبعية لهما أو للدار، وقد انعدم الكل فيكون الولد فيئاً، ويجبر على الإسلام إذا بلغ كالأم، فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئاً لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه. بحر. قوله: (فالولدان فيء كأصلهما) هذا ظاهر في الولد، فإن أمه تسترق والولد يتبع أمه في

(و) الولد (الأول يجبر) بالضرب (على الإسلام) وإن حبلت به ثمة لتبعيته لأبويه (لا الثاني) لعدم تبعية الجد على الظاهر فحكمه كحربي (و) قيد بردتهما، لأنه (لو مات مسلم عن امرأة حامل فارتدت ولحقت فولدت هناك ثم ظهر عليهم) أي على أهل تلك الدار (فإنه لا يسترق ويرث أباه) لأنه مسلم (ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الإسلام فهو مسلم) تبعاً لأبيه (مرقوق) تبعاً لأمه (فلا يرث أباه) لرقه. بدائع.

(وإذا ارتد صبي عاقل صح) خلافاً للثاني،

الحرية والرق. أما ولد الولد فلا يتبعه لأنه لا يتبع الجد كما يأتي وجعله جهة في حكم الجد، ولا أباه لأن أباه تبع والتبع لا يستتبع غيره كما يأتي. وأجيب بأنه تبع لأمه الحربية، وفيه أنه قد تكون أمه ذمية مستأمنة، فالمناسب كون العلة في كونه فيئاً أن حكمه حكم الحربي كما يأتي. فافهم. قوله: (والولد الأول يجبر بالضرب) أي والحبس. نهر: أي بخلاف أبويه فإنهما يجبران بالقتل. قوله: (وإن حبلت به ثمة) أشار إلى أنها لو حبلت به في دار الإسلام يجبر بالأولى. وبه يظهر أن تقييد الهداية بالحبل في دار الحرب غير احترازي. أفاده في البحر. قوله: (لتبعيته لأبويه) أي في الإسلام والردة وهما يجبران، فكذا هو وإن اختلفت كيفية الجبر ط. قوله: (لعدم تبعية الجد) ولعدم تبعيته لأبيه، لأن ردة أبيه كانت تبعاً والتبع لا يستتبع، خصوصاً وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس، لأنه لم يرتد حقيقة. ولذا يجبر بالحبس لا بالقتل، بخلاف أبيه. بحر. قوله: (على الظاهر) أي ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عنه أنه يتبع الجد. وجه الأول أنه لو تبع الجد لكان الناس كلهم مسلمين تبعاً لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير مرتد، وتمامه في الزيلعي. والمسائل التي يخالف فيها الجد الأب ثلاثة عشر ستأتي في الفرائض، وذكر في البحر منها هنا إحدى عشرة ذكرها المحشي. قوله: (فحكمه كحربي) في أنه يسترق وتوضع عليه الجزية أو يقتل. وأما الجد فيقتل لا محالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم. بحر عن الفتح. قوله: (لأنه مسلم) أي تبعاً لأبيه، ولا يتبع أمه في الرق لعدم تحقق الملك عليها وقت ولادته، بخلاف ما إذا ولدته بعد السبي ط.

مَطْلَبٌ فِي رِدَّةِ الصَّبِيِّ وَإِسْلَامِهِ

قوله: (وإذا ارتد صبي عاقل صح) سواء كان إسلامه بنفسه أو تبعاً لأبويه ثم ارتد قبل البلوغ فتحرم عليه امرأته ولا يبقى وارثاً. قهستاني. ولكن لا يقتل كما مر لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها في الدنيا، ولكن لو قتله إنسان لم يغرم شيئاً كالمرأة إذا ارتدت لا تقتل ولا يغرم قاتلها، كما في الفتح عن المبسوط. قوله: (خلافاً للثاني) فلا

ولا خلاف في تخليده في النار لعدم العفو عن الكفر. تلويح (**كإسلامه**) فإنه يصح اتفاقاً (**فلا يرث أبويه الكافرين**) تفريع على الثاني (**ويجبر عليه**) بالضرب تفريع على الأول (**والعاقل المميز**) وهو ابن سبع فأكثر. مجتبى وسراجية (**وقيل الذي يعقل أن الإسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر**) قاله الطرسوسي في أنفع الوسائل نقلاً: ولم أر من قدّره بالسن.

قلت: وقد رأيت نقله، ويؤيده أنه عليه الصلاة والسلام عرض الإسلام على علي رضي الله تعالى عنه وسنه سبع؛ وكان يفتخر به.

لصحة عبادته لأنه نفع محض. وفي التاتارخانية عن المنتقى أن الإمام رجع إليه. ومثله في الفتح. قوله: (**ولا خلاف في تخليده في النار**) فالخلاف إنما هو في أحكام الدنيا فقط. بحر. لأن العفو عن الكفر ودخول الجنة مع الشرك خلاف حكم الشرع والعقل كما في الأصول. قهستاني. قوله: (**كإسلامه**) فتترتب عليه أحكامه من عصمة النفس والمال وحل الذبيح ونكاح المسلمة والإرث من المسلم. قهستاني. قوله: (**فإنه يصح اتفاقاً**) أي من أئمتنا الثلاثة، وإلا فقد خالف في صحة إسلامه زفر والشافعي كما في الفتح. فإن قيل: هو غير مكلف. قلنا: إنما يلزم إذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة، وأنه يقع مسقطاً للواجب، لكنا إنما نختار أنه يصح ليترتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية فتح. قوله: (**ويجبر عليه بالضرب**) أي والحبس كما مر.

قلت: والظاهر أن هذا بعد بلوغه، لما مر أن الصبي ليس من أهل العقوبة. ولما في كافي الحاكم: وإن ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل، فإن أدرك كافراً حبس ولم يقتل. قوله: (**وقيل الذي يعقل الخ**) قال في الفتح: بين أي صاحب الهداية أن الكلام في الصبي الذي يعقل الإسلام. زاد في المبسوط كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم اهـ.

قلت: والظاهر أن ما ذكره المصنف بيان لقوله: «يعقل الإسلام» ومعنى تمييزه المذكور أن يعرف أن الصدق مثلاً حسن والكذب قبيح يلام فاعله، وأن العسل حلو والصبر مر، ومعنى كونه بحيث يناظر أن يقول: إن المسلم في الجنة والكافر في النار، وإذا قيل له: لا ينبغي لك أن تخالف دين أبويك، يقول: نعم لو كان دينهما حقاً، أو نحو ذلك. ولا يخفى أن ابن سبع لا يعقل ذلك غالباً. ويحتمل أن يكون المراد المناظرة ولو في أمر دنيوي، كما لو اشترى شيئاً ودفع إلى البائع الثمن وامتنع البائع من تسليم المبيع قائلاً لا أسلمه إلا إلى أبيك لأنك قاصر فيقول له لم أخذت مني الثمن؟ فإن لم تسلمني المبيع ادفع لي الثمن؛ فهذا ونحوه يقع من ابن سبع غالباً، وعليه يتحد القولان. تأمل. قوله: (**وقد رأيت**) بفتح تاء المخاطب. قوله: (**وسنه سبع**) وقيل ثمان

حتى قال. [الوافر]

سَبَقْتُكُمْ إلى الإسلامِ طُرّاً ... غُلاماً ما بَلَغْتُ أوانَ حِلْمي

وَصَدَّقْتُكُمْ إلى الإسلامِ قَهْراً ... بِصارِمِ هِمَّتي وَسِنانِ عَزْمي

هل يقع فرضاً قبل البلوغ؟ ظاهر كلامهم نعم اتفاقاً. وفي التحرير: المختار

وهو الصحيح، وأخرجه البخاري في تاريخه عن عروة، وقيل عشر أخرجه الحاكم في المستدرك، وقيل خمسة عشر وهو مردود، وتمام ذلك مبسوط في الفتح، وهو أول من أسلم من الصبيان الأحرار، ومن الرجال الأحرار أبو بكر، ومن النساء خديجة، ومن الموالي زيد بن حارثة، وتمام تحقيق ذلك في الدر المنتقى، ونقل عبارته المحشي.

قوله: (حتى قال الخ) ذكر في القاموس في مادة ودق. قال المازني: لم يصح أن علياً رضي الله تعالى عنه تكلم بشيء من الشعر غير هذين البيتين. تلكم قريش تمناني لتقتلني، الخ، وصوّبه الزمخشري اهـ. ومقتضاه أن نسبة ما هنا إليه لم تصح. قوله: (ظاهر كلامهم نعم اتفاقاً) فائدة وقوعه فرضاً عدم فرضية تجديد إقرار آخر بعد البلوغ. قال في الفتح: ومقتضى الدليل أنه يجب عليه بعد البلوغ. ثم قال: لكنهم اتفقوا على أن لا يجب على الصبي بل يقع فرضاً قبل البلوغ. أما عند فخر الإسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب، وهو حدوث العالم وعقليَّة دلالته دون وجوب الأداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة. وأما عند شمس الأئمة: لا وجوب أصلاً لعدم حكمه وهو وجوب الأداء، فإذا وجد وجد، فصار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضاً عليه، لكن ذلك للترتب عليه بعد سببها، فإذا فعل تم اهـ.

مَطْلَبٌ: هَلْ يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ الإيمانُ؟

قوله: (وفي التحرير الخ) هذا قول ثالث. وعبارة التحرير في الفصل الرابع: وعن أبي منصور الماتريدي وكثير من مشايخ العراق والمعتزلة إناطة وجوب الإيمان به: أي بعقل الصبي وعقابه بتركه. ونفاه باقي الحنفية دراية لقوله عليه الصلاة والسلام «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ: عَنِ النّائِمِ حَتّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتّى يَعْقِلَ»[1]، ورواية لعدم انفساخ نكاح المراهقة بعدم وصف الإيمان اهـ. موضحاً من شرحه لابن أمير حاج. وقال في أول الفصل الثاني: وزاد أبو منصور إيجابه على الصبي العاقل. ونقلوا عن أبي حنيفة: لو لم يبعث الله تعالى للناس رسولاً لوجب عليهم معرفته بعقولهم. وقال البخاريون: لا تعلق لحكم الله تعالى بفعل المكلف قبل البعثة

---

(١) أخرجه أحمد ٦/١٠٠ وابن خزيمة (١٠٠٣) والدارقطني ٣/١٣٩ وأبو نعيم في تاريخ أصبهان ٢/٣٤١ وسعيد بن منصور (٢٠٨٠، ٢٠٨١، ٢٠٨٢) وابن أبي شيبة ٥/٢٦٨ والطحاوي في المعاني ٣/٧٤.

عند الماتريدي أنه خاطب بأداء الإيمان كالبالغ، حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد في النار. نهر. وفي شرح الوهبانية: [الطويل]

بِدُرْوِيشِ دُرْوِيشَانِ كَفَّرَ بَعْضُهُمْ ... وَصَحَّحَ أَنْ لَا كُفْرَ وَهْوَ الْمُحَرَّرُ
كَذَا قَوْلُ شَيْءٍ لِلَّهِ قِيلَ بِكُفْرِهِ ... وَيَا حَاضِرُ يَا نَاظِرُ لَيْسَ بِكُفْرٍ
وَمَنْ يَسْتَحِلُّ الرَّقْصَ قَالُوا بِكُفْرِهِ ... وَلَا سِيَّمَا بِالدُّفِّ يَلْهُو وَيَزْمُرُ

والبلوغ كالأشاعرة، وهو المختار، وحكموا بأن المراد من رواية: لا عذر لأحد في الجهل بخالقه، لما يرى من خلق السموات والأرض وخلق نفسه بعد البعثة، وحينئذ فيجب حمل الوجوب في قول الإمام لوجب عليهم معرفته على معنى ينبغي، وتمامه في شرحه المذكور. قوله: (لو مات بعده) أي بعد العقل.

مَطْلَبٌ فِي مَعْنَى دُرْوِيشِ دُرْوِيشَانِ

قوله: (كفر بعضهم) لأن معناه جميع الأشياء مباحة فيدخل فيه ما لا تجوز إباحته فيكون مبيح الحرام وهو كفر، وهذا باطل، لأن معناه مسكنة المساكين أو فقر الفقراء فكأنه قال تمسكنا بمسكنة المساكين أو افتقرنا إليك بفقر الفقراء، ولا دلالة فيه قط على ما ذكر، كذا في البزازية. ونازعه في [نور العين] بأن ما ذكره من المعنى هو معناه الوضعي، أما العرفي الذي جرى عليه اصطلاح الملاحدة والقلندرية فهو أن جميع الأشياء مباحة لك. فالحق أن يكفر القائل إن كان من تلك الفئة، أو أراد ما أرادوه، أو لم يعلم معناه لكنه قاله تقليداً وتشبيهاً بهم أو يخشى عليه الكفر فيجدد وجوباً أو احتياطاً إيمانه؛ وإن قاله غير عالم ولا متأمل فهو عاصٍ يلزمه أن يستغفر، وغاية الأمر أن لا يرخص في التكلم بأمثال هذه المقالة اهـ. ملخصاً. قوله: (قيل بكفره) لعل وجهه أنه طلب شيئاً لله تعالى والله تعالى غنيّ عن كل شيء، والكل مفتقر ومحتاج إليه، وينبغي أن يرجح عدم التكفير فإنه يمكن أن يقول: أردت أطلب شيئاً إكراماً لله تعالى اهـ. شرح الوهبانية.

قلت: فينبغي أو يجب التباعد عن هذه العبارة، وقد مر أن ما فيه خلاف يؤمر بالتوبة والاستغفار وتجديد النكاح، لكن هذا إن كان لا يدري ما يقول، أما إن قصد المعنى الصحيح فالظاهر أنه لا بأس به. قوله: (ليس بكفر) فإن الحضور بمعنى العلم شائع ﴿مَا يَكُونُ مِن نَّجْوَىٰ ثَلَاثَةٍ إِلَّا هُوَ رَابِعُهُمْ﴾ [المجادلة: ٧] والنظر بمعنى الرؤية ﴿أَلَمْ يَعْلَم بِأَنَّ ٱللَّهَ يَرَىٰ﴾ [العلق: ١٤] فالمعنى: يا عالم من يرى. بزازية.

مَطْلَبٌ فِي مُسْتَحِلِّ الرَّقْصِ

قوله: (ومن يستحل الرقص قالوا بكفره) المراد به التمايل والخفض والرفع

وَمَـنْ لِـوَلِـيٍّ قَـالَ طَـيُّ مَسَافَـةٍ يَجُوزُ جَهُولٌ ثُمَّ بَعْضٌ يُكَفِّرُ
وَإِثْبَاتُهَا فِي كُلِّ مَا كَانَ خَارِقاً عَنِ النَّسَفِيِّ النَّجْمِ يُرْوَى وَيُنْصَرُ

بحركات موزونة كما يفعله بعض من ينتسب إلى التصوّف. وقد نقل في البزازية عن القرطبي إجماع الأئمة على حرمة هذا الغناء وضرب القضيب والرقص. قال: ورأيت فتوى شيخ الإسلام جلال الملة والدين الكرماني أن مستحل هذا الرقص كافر، وتمامه في شرح الوهبانية. ونقل في نور العين عن التمهيد أنه فاسق لا كافر. ثم قال: التحقيق القاطع للنزاع في أمر الرقص والسماع يستدعي تفصيلاً ذكره في عوارف المعارف وإحياء العلوم، وخلاصته ما أجاب به العلامة النحرير ابن كمال باشا بقوله: [البسيط]

مَا فِي التَّوَاجُدِ إِنْ حَقَّقْتَ مِنْ حَرَجٍ وَلَا التَّمَايُلِ إِنْ أَخْلَصْتَ مِنْ بَاسِ
فَقُمْتَ تَسْعَى عَلَى رِجْلٍ وَحُقَّ لِمَنْ دَعَاهُ مَوْلَاهُ أَنْ يَسْعَى عَلَى الرَّاسِ

الرخصة فيما ذكر من الأوضاع، عند الذكر والسماع، للعارفين الصارفين أوقاتهم إلى أحسن الأعمال، السالكين المالكين لضبط أنفسهم عن قبائح الأحوال، فهم لا يستمعون إلا من الإله، ولا يشتاقون إلا له، إن ذكروه ناحوا وإن شكروه باحوا، وإن وجدوه صاحوا، وإن شاهدوه استراحوا، وإن سرحوا في حضرة قربه ساحوا، إذا غلب عليهم الوجد بغلباته، وشربوا من موارد إرادته، فمنهم من طرقته طوارق الهيبة فخر وذاب، ومنهم من برقت له بوارق اللطف فتحرك وطاب، ومنهم من طلع عليه الحب من مطلع القرب فسكر وغاب، هذا ما عنّ لي في الجواب، والله تعالى أعلم بالصواب. [الوافر]

وَمَنْ يَكُ وَجْدُهُ وَجْداً صَحِيحاً فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى قَوْلِ الْمُغَنِّي
لَهُ مِنْ ذَاتِهِ طَرَبٌ قَدِيمٌ وَسُكْرٌ دَائِمٌ مِنْ غَيْرِ دَنِّ

مَطْلَبٌ فِي كَرَامَاتِ الأَوْلِيَاءِ

قوله: (ومن لولي الخ) «من» مبتدأ و «قال» صلته و «جهول» خبر، و «لولي» متعلق بيجوز، و «طي» مبتدأ خبره «يجوز» وأصل التركيب: ومن قال طي مسافة يجوز لولي جهول، وهذا قول الزعفراني، والقائل بكفره هو ابن مقاتل ومحمد بن يوسف. ط

قوله: (وإثباتها الخ) قال في البزازية: وقد ذكر علماؤنا أن ما هو من المعجزات الكبار: كإحياء الموتى، وقلب العصا حية، وانشقاق القمر، وإشباع الجمع من الطعام، وخروج الماء من بين الأصابع لا يمكن إجراؤه كرامة للولي، وطي المسافة منه لقوله عليه الصلاة والسلام «زُوِيَتْ لِيَ الأَرْضُ»[1] فلو جاز لغيره لم يبق فائدة للتخصيص، لكن في كلام القاضي أبي زيد ما يدل على أنه ليس بكفر اهـ.

---

(1) أخرجه ابن ماجه (٣٩٥٢)

باب البغاة

البغي لغة: الطلب، ومنه ﴿ذلك ما كنا نبغي﴾، وعرفاً: طلب ما لا يحل من

قلت: ويدل له ما قالوا فيمن كان بالمشرق وتزوج امرأة بالمغرب فأتت بولد يلحقه، فتأمل. وفي التتارخانية أن هذه المسألة تؤيد الجواز. وقد قال العلامة التفتازاني بعد أن حكى عن أكثر المعتزلة المنع من إثبات الكرامات للأولياء، وأن الأستاذ أبا إسحاق يميل إلى قريب من مذهبهم، وحكى ما قدمناه، وأن إمام الحرمين قال: المرضي عندنا تجويز جملة خوارق العادات في معرض الكرامات. ثم قال: نعم قد يرد في بعض المعجزات نص قاطع على أن أحداً لا يأتي بمثله أصلاً كالقرآن. ثم ذكر بقية الأقوال، ثم قال: والإنصاف ما ذكره الإمام النسفي حين سئل عما يحكى أن الكعبة كانت تزور واحداً من الأولياء، هل يجوز القول به فقال: نقض العادة على سبيل الكرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة.

قلت: النسفي هذا هو الإمام نجم الدين عمر مفتي الإنس والجن، رأس الأولياء في عصره اهـ. من شرح الوهبانية. وتمامه فيه، والله سبحانه أعلم.

باب البغاة[1]

أخره لقلة وجوده، ولبيان حكم من يقتل من المسلمين بعد من يقتل من الكفار. بحر.

قلت: ولم يترجم له بكتاب إشارة إلى دخوله تحت كتاب الجهاد، لأن القتال معهم في سبيل الله تعالى ولذا كان المقتول منا شهيداً كما سيأتي، إذ لا تختص الجهاد بقتال الكفار، وبه اندفع ما في النهر. قال في الفتح: والبغاة جمع باغ، وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة اهـ. وإنما جمعه لأنه قلما يوجد واحد يكون له قوة الخروج. قهستاني. قوله: (البغي لغة الطلب الخ) عبارة الفتح.

---

(١) البغي لغة: من بغى على الناس بغياً أي ظلم واعتدى فهو باغ والجمع بغاة وبغى سعى بالفساد ومنه الفرقة الباغية لأنها عدلت عن القصد وأصله تجاوز الحد، وقال النووي في التحرير: هو الظلم والعدول عن الحق. انظر المصباح المنير ١/٢٢٤.
واصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: الخروج عن طاعة إمام الحق.
عرفه الشافعية بأنه: البغاة هم مخالفو الإمام بخروجهم عليه وترك الانقياد له أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل.
عرفه المالكية بأنه: الامتناع عن طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولاً.
عرفه الحنابلة بأنه: قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج في كفهم إلى جمع الجيش.
انظر فتح القدير ٦/٩٩، نهاية المحتاج ٧/٤٠٢، حاشية الدسوقي ٤/٢٩٨، المغني ١٠/٤٨.

جور وظلم. فتح. وشرعاً: (هم الخارجون عن الإمام الحق بغير حق) فلو بحق فليسوا ببغاة، وتمامه في جامع الفصولين.

البغي في اللغة: الطلب، بغيت كذا: أي طلبته. قال تعالى حكاية «ذلك ما كُنَّا نَبْغِي» ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم. والباغي في عرف الفقهاء: الخارج على إمام الحق[1] اهـ. لكن في المصباح: بغيته أبغيه بغياً: طلبته، وبغى على الناس بغياً: ظلم واعتدى فهو باغ والجمع بغاة، وبغى: سعى في الفساد، ومنه الفرقة الباغية لأنها عدلت عن القصد، وأصله من بغى الجرح: إذا ترامى إلى الفساد اهـ. وفي القاموس: الباغي: الطالب، وفئة باغية: خارجة عن طاعة الإمام العادل اهـ. قال في البحر: فقوله في فتح القدير: الباغي في عرف الفقهاء الخارج عن إمام الحق تساهل، لما علمت أنه في اللغة أيضاً اهـ.

قلت: قد اشتهر أن صاحب القاموس يذكر المعاني العرفية مع المعاني اللغوية، وذلك مما عيب به عليه، فلا يدل ذكره لذلك أنه معنى لغوي، ويؤيده أن أهل اللغة لا يعرفون معنى الإمام الحق الذي جاء في الشرع بعد اللغة؛ نعم قد يعترض على الفتح بأن كلامه يقتضي اختصاص البغي بمعنى الطلب، وأن استعماله في الجور والظلم معنى عرفي فقط، وقد سمعت أنه لغوي أيضاً. وقد يجاب بأن مراده بقوله: «ثم اشتهر في العرف الخ» العرف اللغوي، وأن الأصل: ومدار اللفظ على معنى الطلب، لكن ينافيه قول المصباح: وأصله من بغى الجرح الخ، فتأمل. قوله: (وشرعاً هم الخارجون) عطفه على ما قبله يقتضي أن يكون التقدير والبغي شرعاً هم الخارجون وهو فاسد، كما أفاده ح، فكان المناسب أن يقول: فالبغاة عرفاً: الطالبون لما لا يحل من جور وظلم، وشرعاً الخ. أفاده ط. ويمكن أن يكون على تقدير مبتدأ: أي والبغاة شرعاً الخ. قوله: (على الإمام الحق) الظاهر أن المراد به ما يعم المتغلب، لأنه بعد استقرار سلطنته ونفوذ قهره لا يجوز الخروج عليه كما صرحوا به، ثم رأيت في الدر المنتقى قال: إن هذا في زمانهم؛ وأما في زماننا فالحكم للغلبة؛ لأن الكل يطلبون الدنيا فلا يدرى العادل من الباغي كما في العمادية اهـ. وقوله: «بغير حق» أي في نفس الأمر، وإلا فالشرط اعتقادهم أنهم على حق بتأويل وإلا فهم لصوص، ويأتي تمام بيانه. قوله: (وتمامه في جامع الفصولين) حيث قال في أول الفصل الأول: بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين، فإن فعلوا ذلك لظلم ظلمهم به فهم ليسوا من أهل البغي وعليه أن يترك الظلم وينصفهم. ولا ينبغي للناس أن يعينوا

(١) في ط (قوله عن إمام الحق) الذي في عبارة الفتح «على إمام الحق» كما نقله هو قبل ذلك بأسطر، والخطب سهل.

ثم الخارجون عن طاعة الإمام ثلاثة: قطاع طريق وعلم حكمهم: وبغاة ويجيء حكمهم. وخوارج وهم قوم لهم منعة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على

الإمام عليهم لأن فيه إعانة على الظلم، ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام، وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن لدعوى الحق والولاية فقالوا: الحق معنا فهم أهل البغي، فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجين، لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع، قال عليه الصلاة والسلام «الفِتْنَةُ نَائِمَةٌ لَعَنَ اللّهُ مَنْ أَيْقَظَهَا» فإن كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد، فليس للإمام أن يتعرض لهم، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد، كذا ذكر في واقعات اللامشي، وذكره القلانسي في تهذيبه قال بعض المشايخ: لولا علي رضي الله عنه ما درينا القتال مع أهل القبلة، وكان عليّ ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغي، وفي زماننا الحكم للغلبة ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا اهـ ط. لكن قوله: ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام، فيه كلام سيأتي. قوله: (قطاع طريق) وهم قسمان: أحدهما الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة، يأخذون أموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق. والثاني قوم كذلك، إلا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل، كذا في الفتح، لكنه عدّ الأقسام أربعة، وجعل هذا الثاني قسماً منهم مستقلاً ملحقاً بالقطاع من جهة الحكم. وفي النهر: هنا تحريف فتنبه له. قوله: (وبغاة) هم كما في الفتح قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم اهـ. والمراد خرجوا بتأويل وإلا فهم قطاع كما علمت. وفي الاختيار: أهل البغي كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجتمعون ويقاتلون أهل العدل بتأويل ويقولون الحق معنا ويدعون الولاية اهـ. قوله: (وخوارج وهم قوم الخ) الظاهر أن المراد تعريف الخوارج الذين خرجوا على عليّ رضي الله تعالى عنه؛ لأن مناط الفرق بينهم وبين البغاة هو استباحتهم دماء المسلمين وذراريهم بسبب الكفر، إذ لا تسبى الذراري ابتداء بدون كفر. لكن الظاهر من كلام الاختيار وغيره أن البغاة أعم، فالمراد بالبغاة ما يشمل الفريقين، ولذا فسر في البدائع البغاة بالخوارج لبيان أنهم منهم وإن كان البغاة أعم، وهذا من حيث الاصطلاح، وإلا فالبغي والخروج متحققان في كل من الفريقين على السوية، ولذا قال عليّ رضي الله تعالى عنه في الخوارج: إخواننا بغوا علينا. قوله: (لهم منعة) بفتح النون: أي عزة في قومهم فلا يقدر عليهم من يريدهم مصباح. قوله: (بتأويل) أي بدليل يؤولونه على خلاف ظاهره، كما وقع للخوارج الذين خرجوا من عسكر عليّ عليه بزعمهم أنه كفر هو ومن معه من الصحابة، حيث حكم جماعة في أمر الحرب

بأنه كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم، ويستحلون دماءنا وأموالنا ويسبون نساءنا، ويكفرون أصحاب نبينا ﷺ، وحكمهم حكم البغاة بإجماع الفقهاء كما حققه في الفتح. وإنما لم نكفرهم لكونه عن تأويل وإن كان باطلاً.

الواقع بينه وبين معاوية وقالوا: إن الحكم إلا لله، ومذهبهم أن مرتكب الكبيرة كافر، وأن التحكيم كبيرة لشبه قامت لهم استدلوا بها مذكورة مع ردها في كتب العقائد.

مَطْلَبٌ فِي أَتْبَاعِ عَبْدِ الْوَهَّابِ الْخَوَارِجِ فِي زَمَانِنَا

قوله: (ويكفرون أصحاب نبينا ﷺ) علمت أن هذا غير شرط في مسمى الخوارج، بل هو بيان لمن خرجوا على سيدنا علي رضي الله تعالى عنه، وإلا فيكفي فيهم اعتقادهم كفر من خرجوا عليه، كما وقع في زماننا في أتباع عبد الوهاب الذين خرجوا من نجد وتغلبوا على الحرمين وكانوا ينتحلون مذهب الحنابلة، لكنهم اعتقدوا أنهم هم المسلمون وأن من خالف اعتقادهم مشركون، واستباحوا بذلك قتل أهل السنة وقتل علمائهم، حتى كسر الله تعالى شوكتهم وخرب بلادهم وظفر بهم عساكر المسلمين عام ثلاث وثلاثين ومائتين وألف. قوله: (كما حققه في الفتح) حيث قال: وحكم الخوارج عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة. وذهب بعض المحدثين إلى كفرهم. قال ابن المنذر: ولا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء.

مَطْلَبٌ فِي عَدَمِ تَكْفِيرِ الْخَوَارِجِ وَأَهْلِ الْبِدَعِ

وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحداً من أهل البدع. وبعضهم يكفر من خالف منهم ببدعته دليلاً قطعياً ونسبه إلى أكثر أهل السنة، والنقل الأول أثبت؛ نعم يقع في كلام أهل مذهب تكفير كثير، لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم

مَطْلَبٌ: لَا عِبْرَةَ بِغَيْرِ الْفُقَهَاءِ: يَعْنِي الْمُجْتَهِدِينَ

ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين اهـ. لكن صرح في كتابه المسايرة بالاتفاق على تكفير المخالف فيما كان من أصول الدين وضرورياته: كالقول بقدم العالم، ونفي حشر الأجساد، ونفي العلم بالجزئيات، وأن الخلاف في غيره كنفي مبادئ الصفات، ونفي عموم الإرادة، والقول بخلق القرآن الخ. وكذا قال في شرح منية المصلي: إن ساب الشيخين ومنكر خلافتهما ممن بناه على شبهة له لا يكفر، بخلاف من ادعى أن علياً إله وأن جبريل غلط، لأن ذلك ليس عن شبهة واستفراغ وسع في الاجتهاد بل محض هوى اهـ. وتمامه فيه.

بخلاف المستحل بلا تأويل كما مر في باب الإمامة.

(والإمام يصير إماماً) بأمرين **(بالمبايعة من الأشراف والأعيان، وبأن ينفذ حكمه في رعيته خوفاً من قهره وجبروته، فإن بايع الناس)** الإمام **(ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه)** عن قهرهم **(لا يصير إماماً، فإذا صار إمام فجار لا ينعزل إن)** كان **(له قهر وغلبة)** لعوده بالقهر فلا يفيد **(وإلا ينعزل به)** لأنه مفيد. خانية. وتمامه في

قلت: وكذا يكفر قاذف عائشة ومنكر صحبة أبيها، لأن ذلك تكذيب صريح القرآن كما مر في الباب السابق. قوله: (بخلاف المستحل بلا تأويل) أي من يستحل دماء المسلمين وأموالهم ونحو ذلك، مما كان قطعي التحريم ولم يبنه على دليل كما بناه الخوارج كما مر، لأنه إذا بناه على تأويل دليل من كتاب أو سنة كان في زعمه اتباع الشرع لا معارضته ومنابذته، بخلاف غيره. قوله: (والإمام) أي الإمام الحق الذي ذكره أولاً ولم يذكر شروطه استغناء بما قدمه في باب الإمامة من كتاب الصلاة، وقدمت الكلام عليها هناك، فراجعها.

مَطْلَبٌ: الإِمَامُ يَصِيرُ إمَاماً بِالْمُبَايَعَةِ أَوْ بِالاسْتِخْلافِ مِمَّنْ قَبْلَهُ

قوله: (يصير إماماً بالمبايعة) وكذا باستخلاف إمام قبله، وكذا بالتغلب والقهر كما في شرح المقاصد. قال في المسايرة: ويثبت عقد الإمامة إما باستخلاف الخليفة إياه كما فعل أبو بكر رضي الله تعالى عنه، وإما ببيعة جماعة من العلماء أو من أهل الرأي والتدبير. وعند الأشعري: يكفي الواحد من العلماء المشهورين من أولي الرأي بشرط كونه بمشهد شهود لدفع الإنكار إن وقع. وشرط المعتزلة خمسة. وذكر بعض الحنفية اشتراط جماعة دون عدد مخصوص اهـ. ثم قال: لو تعذر وجود العلم والعدالة فيمن تصدى للإمامة وكان في صرفه عنها إثارة فتنة لا تطاق حكمنا بانعقاد إمامته كي لا نكون كمن يبني قصراً ويهدم مصراً، وإذا تغلب آخر على المتغلب وقعد مكانه انعزل الأول وصار الثاني إماماً وتجب طاعة الإمام عادلاً كان أو جائراً إذا لم يخالف الشرع، فقد علم أنه يصير إماماً بثلاثة أمور، لكن الثالث في الإمام المتغلب وإن لم تكن فيه شروط الإمامة، وقد يكون بالتغلب مع المبايعة وهو الواقع في سلاطين الزمان نصرهم الرحمن. قوله: (وبأن ينفذ حكمه) أي يشترط مع وجود المبايعة نفاذ حكمه، وكذا هو شرط أيضاً مع الاستخلاف فيما يظهر، بل يصير إماماً بالتغلب ونفاذ الحكم والقهر بدون مبايعة أو استخلاف كما علمت. قوله: (فلا يفيد) أي لا يفيد عزله.

مَطْلَبٌ فِيمَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الْخَلِيفَةُ الْعَزْلَ

قوله: (وإلا ينعزل به) أي إن لم يكن له قهر ومنعة ينعزل به: أي بالجور. قال

كتب الكلام (فإذا خرج جماعة مسلمون عن طاعته) أو طاعة نائبه الذي الناس به في أمان نهر (وغلبوا على بلد دعاهم إليه) أي إلى طاعته (وكشف شبهتهم) استحباباً (فإن تحيزوا مجتمعين حل لنا قتالهم بدءاً حتى نفرق جمعهم) إذ الحكم يدار

في شرح المقاصد: ينحل عقد الإمامة بما يزول به مقصود الإمامة كالردة والجنون المطبق، وصيرورته أسيراً لا يرجى خلاصه، وكذا بالمرض الذي ينسيه العلوم، وبالعمى والصمم والخرس، وكذا بخلعه نفسه لعجزه عن القيام بمصالح المسلمين وإن لم يكن ظاهراً بل استشعره من نفسه، وعليه يحمل خلع الحسن نفسه. وأما خلعه نفسه بلا سبب ففيه خلاف، وكذا في انعزاله بالفسق. والأكثرون على أنه لا ينعزل، وهو المختار من مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى. وعن محمد روايتان، ويستحق العزل بالاتفاق اهـ. وقال في المسايرة: وإذا قلد عدلاً ثم جار وفسق لا ينعزل، ولكن يستحق العزل إن لم يستلزم فتنة اهـ. وفي المواقف وشرحه: إن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه، مثل أن يوجد منه ما يوجب اختلال أحوال المسلمين وانتكاس أمور الدين كما كان لهم نصبه وإقامته لانتظامها وإعلائها، وإن أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين اهـ. قوله: (فإذا خرج جماعة مسلمون) قيد بذلك لأن أهل الذمة إذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر، ولو قاتلوا مع أهل البغي لم يكن ذلك نقضاً للعهد منهم، وهذا لا يرد على المصنف لأنهم أتباع للبغاة المسلمين. نهر: أي فلهم حكمهم بطريق التبعية. قوله: (عن طاعته) أي طاعة الإمام، وقيده في الفتح بأن يكون الناس به في أمن والطرقات آمنة اهـ. ومثله ما ذكره من الدرر، ووجهه أنه إذا لم يكن كذلك يكون عاجزاً أو جائراً ظالماً يجوز الخروج عليه وعزله إن لم يلزم منه فتنة كما علمته آنفاً. قوله: (وغلبوا على بلد) الظاهر أن ذكر البلد بيان للواقع غالباً، لأن المدار على تجمعهم وتعسكرهم، وهو لا يكون إلا في محل يقيمون فيه فيعرفهم والغالب كونه بلدة، فلو تجمعوا في برية فالحكم كذلك. تأمل. قوله: (أي إلى طاعته) أشار إلى أنه على تقدير مضاف. قوله: (وكشف شبهتهم استحباباً) أي بأن يسألهم عن سبب خروجهم، فإن كان لظلم منه أزاله، وإن لدعوى أن الحق معهم والولاية لهم فهم بغاة، فلو قاتلهم بلا دعوة جاز، لأنهم علموا ما يقاتلون عليه كالمرتدين وأهل الحرب بعد بلوغ الدعوة. فتح. قوله: (فإن تحيزوا مجتمعين) أي مالوا إلى جهة مجتمعين فيها أو إلى جماعة، وهذا في معنى قوله: وغلبوا على بلد، فكان أحدهما يغني عن الآخر على ما قلنا. قوله: (حل لنا قتالهم بدءاً) هذا اختيار لما نقله خواهر زاده عن أصحابنا أنا نبدؤهم قبل أن يبدؤونا، لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم (ربما) لا يمكنه الدفع، فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم. ونقل القدوري أنه لا يبدؤهم حتى يبدؤوه. وظاهر كلامهم

على دليله وهو الاجتماع والامتناع (ومن دعاه الإمام إلى ذلك) أي قتالهم (افترض عليه إجابته) لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض، فكيف فيما هو طاعة؟ بدائع (لو قادراً) وإلا لزم بيته. درر. وفي المبتغى: لو بغوا لأجل ظلم السلطان ولا يمتنع عنه لا ينبغي للناس معاونة السلطان ولا معاونتهم.

(ولو طلبوا الموادعة أجيبوا) إليها (إن خيراً للمسلمين) كما في أهل الحرب

أن المذهب الأول. بحر. ولو اندفع شرهم بأهون من القتل وجب بقدر ما يندفع به شرهم. زيلعي.

مطلبٌ في وُجوب طاعة الإمام

قوله: (افترض عليه إجابته) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] وقال ﷺ: «اسْمَعُوا وأَطِيعُوا ولو أُمِّرَ عليكُم عَبْدٌ حَبَشِيٌّ أَجْدَعُ»[١] وروي «مجدع» وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال: «عَلَيْكُم بالسَّمْعِ والطَّاعَةِ لِكُلِّ مَن يُؤَمَّرُ عَلَيْكُم ما لَم يَأْمُرْكُم بِمُنْكَرٍ»[٢] ففي المنكر لا سمع ولا طاعة، ثم إذا أمر العسكر بأمر فهو على وجوه: إن علموا أنه نفع بيقين أطاعوه، وإن علموا خلافه كأن كان لهم قوة وللعدو مدد يلحقهم لا يطيعونه، وإن شكوا لزمهم إطاعته، وتمامه في الذخيرة. قوله: (وإلا لزم بيته) أي إن لم يكن قادراً، وعليه يحمل ما روي عن جماعة من الصحابة، أنهم قعدوا في الفتنة، وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال. والمروي عن أبي حنيفة من قوله الفتنة: إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته محمول على ما إذا لم يكن لهم إمام. وما روي «إذا الْتَقَى المُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا فَالقَاتِلُ والمَقْتُولُ فِي النَّارِ» محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين، أو لأجل الدنيا والمملكة، وتمامه في الفتح. قوله: (وفي المبتغى الخ) موافق لما مر من جامع الفصولين، ومثله في السراج، لكن في الفتح: ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام، إلا أن أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلماً لا شبهة فيه: بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره، بخلاف ما إذا كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه اهـ.

قلت: ويمكن التوفيق بأن وجوب إعانتهم إذا أمكن امتناعه عن ظلمه، وإلا فلا كما يفيده قول المبتغى، ولا يمتنع عنه. تأمل. قوله: (ولو طلبوا الموادعة) أي الصلح من

---

(١) أخرجه مسلم ٢/٩٤٤ (٣١١) (١٢٩٨)، وقوله مجدع بتشديد الدال المفتوحة أي مقطوع الأنف والأذن.
(٢) أخرجه البخاري ٦/١١٢ (٧١٤٤)، ومسلم ٣/١٤٦٩ (٣٨) (١٨٣٩).

(وإلا لا) يجابيا. بحر (ولا يؤخذ منهم شيء، فلو أخذنا منهم رهوناً وأخذوا منا رهوناً، ثم غدروا بنا وقتلوا رهوننا لا نقتل رهونهم، ولكنهم يحبسون إلى أن يهلك أهل البغي أو يتوبوا، وكذلك أهل الشرك) إذا فعلوا برهوننا ذلك لا نفعل برهونهم (و) لكن (يجبرون على الإسلام أو يصيروا ذمة) لنا.

(ولو لهم فئة أجهز على جريحهم) أي أتمّ قتله (واتبع موليهم وإلا لا) لعدم الخوف (والإمام بالخيار في أسيرهم، إنْ شاء قتله، وإن شاء حبسه) حتى يتوب أهل البغي، فإن تابوا حبسه أيضاً حتى يحدث توبة. سراج (ونقاتلهم بالمنجنيق والإغراق وغير ذلك كأهل الحرب، وما لا يجوز قتله من أهل الحرب) كنساء وشيوخ (لا يجوز قتله منهم) ما لم يقاتلوا، ولا يقتل عادل محرمه مباشرة ما لم يرد قتله (ولم تسب لهم ذرية، وتحبس أموالهم إلى ظهور توبتهم) فترد عليهم

ترك قتالهم ط. قوله: (ولا يؤخذ منهم شيء) أي على الموادعة لأنهم مسلمون، ومثله في المرتدين. فتح. قوله: (لا نقتل رهونهم) أي وإن وقع الشرط على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن، لأنهم صاروا آمنين بالموادعة أو بإعطاء الأمان لهم حين أخذناهم رهناً، والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به، والشرط باطل، وتمامه في الفتح. قوله: (أو يصيروا ذمة لنا) أو بمعنى إلا، فلذلك حذف النون ح. قوله: (أجهز على جريحهم) بالبناء للمفعول فيه وفي اتبع. قوله: (أي أتم قتله) في المصباح: جهزت على الجريح من باب نفع، وأجهزت إجهازاً: أتممت عليه وأسرعت قتله. قوله: (واتبع موليهم) أي هاربهم لقتله أو أسره كي لا يلحق هو أو الجريح بفئته. قوله: (وإلا لا) أي وإن لم يكن لهم فئة يلحقون بها لا يجهز ولا يتبع. قوله: (إن شاء قتله) أي إن كان له فئة وإلا لا كما في القهستاني عن المحيط. قال في الفتح: ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة لا بهوى النفس والتشفي. قوله. (كنساء وشيوخ) أدخلت الكاف الصبيان والعميان كما في البحر ط. قوله: (ما لم يقاتلوا) أي فيقتلون حال القتال وبعد الفراغ إلا الصبيان والمجانين. بحر. قوله: (ولا يقتل) أي يكره له كما في الفتح. قوله. (ما لم يرد قتله) فإذا أراده فله دفعه ولو بقتله، وله أن يتسبب ليقتله غيره كعقر دابته، بخلاف أهل الحرب فله أن يقتل محرمه منهم مباشرة إلا الوالدين. بحر: أي فإنه لا يجوز له قتل الوالدين الحربيين مباشرة، بل له منعهما ليقتلهما غيره إلا إذا أراد قتله ولا يمكن دفعه إلا بالقتل فله قتلهما مباشرة كما مر أول الجهاد.

والحاصل أن المحرم هنا كالوالدين، بخلاف أهل الحرب، فإن له قتل المحرم فقط.

والفرق كما في الفتح أنه اجتمع في الباغي حرمتان: حرمة الإسلام، وحرمة القرابة. وفي الكافر حرمة القرابة فقط. قوله. (ولم تسب لهم ذرية) أي أولاد صغار، وكذا النساء، لأن

وبيع الكراع أولى لأنه أنفع. فتح. ويقاس عليه العبيد. نهر **(ونقاتل بسلاحهم وخيلهم عند الحاجة، ولا ينتفع بغيرهما من أموالهم مطلقاً)** ولو عند الحاجة. سراج.

ولو قال الباغي: تبت وألقى السلاح من يده كف عنه، ولو قال: كفّ عني لأنظر في أمري لعلي أتوب وألقي السلاح، كفّ عنه، ولو قال: أنا على دينك ومعه السلاح لا؛ لأن وجود السلاح معه قرينة بقاء بغيه، فمتى ألقاه كف عنه، وإلا لا. فتح.

(ولو قتل باغ مثله فظهر عليهم فلا شيء فيه) لكونه مباح الدم. فتح. فلا إثم أيضاً، وقتلانا شهداء، ولا يصلى على بغاة بل يكفنون ويدفنون. بدائع **(ويكره نقل رؤوسهم إلى الآفاق)** وكذلك رؤوس أهل الحرب لأنها مثلة، وجوزه بعض المتأخرين لو فيه كسر شوكتهم أو فراغ قلبنا. فتح. ومر في الجهاد.

(ولو غلبوا على مصر فقتل مصري مثله عمداً فظهر على المصر قتل به إن لم يجر على أهله) أي المصر **(أحكامهم)** وإن جرى لا لانقطاع ولاية الإمام عنهم

الإسلام يمنع الاسترقاق ابتداء كما في الزيلعي. قوله: **(وبيع الكراع أولى)** بضم الكاف، من تسمية الشيء باسم بعضه، كما في المصباح أن الكراع من الغنم والبقر مستدق الساعد بمنزلة الوظيف من الفرس، وهو مؤنث يجمع على أكرع والأكرع على أكارع. قال الأزهري: الأكارع للدابة قوائمها. قوله: **(لأنه أنفع)** أي أنفع من إمساكه والإنفاق عليه من بيت المال، أو للرجوع على صاحبه كما يفيده كلام البحر. قوله: **(وألقى السلاح)** فعل ماض معطوف على (قال). قوله: **(فمتى ألقاه الخ)** قال في الفتح: وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله، ومتى ألقاه كف عنه، بخلاف الحربي لا يلزمه الكف عنه بإلقاء السلاح. قوله: **(فلا شيء فيه)** أي لا دية ولا قصاص إذا ظهرنا عليهم. فتح. قوله: **(لكونه مباح الدم)** ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب عليه شيء، ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهي بالمنعة، ولا ولاية لإمامنا عليهم فلم يجب شيء وصار كالقتل في دار الحرب. وعند الأئمة الثلاثة يقتل به. فتح. قوله: **(فلا إثم أيضاً)** أخذه في النهر من ظاهر كلام الفتح ومثله في البحر، فتأمله. قوله: **(وقتلانا شهداء)** أي فيصنع بهم ما يصنع بالشهداء. كافي. قوله: **(بل يكفنون)** أي بعد أن يغسلوا كما في البحر ح. قوله: **(لأنها مثلة)** أي لأن هذه الهيئة - أو أنه ثابت الخبر - أي والمثلة منهي عنها. قوله: **(وجوزه بعض المتأخرين)** لمنع كونه مثلة. قال في البحر: ومنعه في المحيط في رؤوس البغاة، وجوزه في رؤوس أهل الحرب. قوله: **(إن لم يجر الخ)** أي بأن أخرجهم إمام العدل قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود. فتح. قوله: **(وإن جرى لا)** أي لا

(وإن قتل عادل باغياً ورثه) مطلقاً وبالعكس (إذا قال) الباغي وقت قتله (أنا على باطل لا) يرثه اتفاقاً لعدم الشبهة (وإن قال أنا على حق) في الخروج على الإمام وأصرّ على دعواه (ورثه) أما لو رجع

يقتل به ولكن يستحق عذاب الآخرة. فتح. قوله: (مطلقاً) يفسره ما بعده. قال في البحر: إذا قتل عادل باغياً فإنه يرثه، ولا تفصيل فيه لأنه قتله بحق فلا يمنع الإرث. وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم، لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، كذا في الهداية ونحوه في البدائع. وفي المحيط: العادل لو أتلف مال الباغي يضمن لأنه معصوم في حقنا. ووفق الزيلعي بحمل الأول على إتلافه حال القتال بسبب القتال، إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بإتلاف شيء من أموالهم كالخيل، وأما في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لعصمة أموالهم اهـ. ملخصاً.

قلت: ويظهر لي التوفيق بوجه آخر، وهو حمل الضمان على ما قبل تحيزهم وخروجهم أو بعد كسرهم وتفرق جمعهم، أما إذا تحيزوا لقتالنا مجتمعين فإنهم غير معصومين بدليل حلّ قتالنا لهم، ويدل عليه تعليل الهداية بالأمر بقتالهم، إذ لا يؤمر بقتالهم إلا في هذه الحالة. فلو أتلف العادل منهم شيئاً في هذه الحالة لا يضمنه لسقوط العصمة، بخلاف غيرها فإنه يضمن لأنه حينئذ معصوم في حقنا، ولم أر من ذكر هذا التوفيق، والله تعالى الموفق. قوله: (وبالعكس) أي إذا قتل باغ عادلاً. قوله: (وقت قتله) متعلق بقوله: «أنا على باطل» فكان عليه أن يذكره عقبه، إذ لا يلزم قوله ذلك وقت قتله، بل اللازم اعتقاد ذلك وقته، لكن قد يأتي لفظ «قال» بمعنى «اعتقد» تأمل. وعبارة البحر: وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على باطل لم يرثه. قوله: (اتفاقاً) أي من أبي يوسف وصاحبيه. قوله: (لعدم الشبهة) وهي التأويل باعتقاد كونه على حق. قوله: (ورثه) أي خلافاً لأبي يوسف لأنه أتلف بتأويل فاسد، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم.

والحاصل أن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم تغلبوا على بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم آخذوا بجميع ذلك، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد واثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا وقدر عليهم، وتمامه في الفتح والزيلعي. وفي الاختيار: وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لا دية فيه، ولا ضمان ولا قصاص، وما كان قائماً في يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه. قال محمد رحمه الله تعالى: إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا، ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلفوه بغير حق، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله

تبطل ديانته فلا إرث ابن كمال. وفي الفتح: لو دخل باغ بأمان فقتله عادل عمداً لزمه الدية، كما في المستأمن لبقاء شبهة الإباحة.

(ويكره) تحريماً (بيع السلاح من أهل الفتنة إن علم) لأنه إعانة على المعصية

تعالى. وقال أصحابنا: ما فعلوه قبل التحيز والخروج وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به لأنهم من أهل دارنا، ولا منعة لهم كغيرهم من المسلمين، أما ما فعلوه بعد التحيز لا ضمان فيه لما بينا اهـ.

قلت: فتحصل من ذلك كله أن أهل البغي إذا كانوا كثيرين ذوي منعة وتحيزوا لقتالنا معتقدين حله بتأويل سقط عنهم ضمان ما أتلفوه من دم أو مال دون ما كان قائماً، ويضمنون كل ذلك إذا كانوا قليلين لا منعة لهم أو قبل تحيزهم أو بعد تفرق جمعهم، وتقدم أن ما أتلفه أهل العدل لا يضمنونه، وقيل يضمنونه وقدمنا التوفيق. قوله: (تبطل ديانته) أي تأويله الذي كان يتدين به وأسقطنا ضمانه بسببه، فإذا رجع ظهر أنه لا تأويل له فلا يرثه ويضمن ما أتلفه. وفي عامة النسخ «ديانة» بدون ضمير، وهو تحريف، والموافق لما في ابن كمال عن غاية البيان هو الأول. قوله: (عمداً) ليس في كلام الفتح، ولكن حمله عليه في النهر لأنه المراد بدليل التعليل. ثم قال في النهر: وينبغي أن لا يرث منه، وعليه ترد على إطلاق المصنف. قوله: (كما في المستأمن) أي كما لو قتل المسلم مستأمناً في دارنا. فتح. قوله: (لبقاء شبهة الإباحة) علة لعدم وجوب القصاص المفهوم من وجوب الدية اهـ ح.

مطلب في كراهة بيع ما تقوم المعصية بعينه

قوله: (تحريماً) بحث لصاحب البحر حيث قال: وظاهر كلامهم أن الكراهة تحريمية لتعليلهم بالإعانة على المعصية ط. قوله: (من أهل الفتنة) شمل البغاة وقطاع الطريق واللصوص. بحر. قوله: (إن علم) أي إن علم البائع أن المشتري منهم. قوله: (لأنه إعانة على المعصية) لأنه يقاتل بعينه، بخلاف ما لا يقاتل به إلا بصنعة تحدث فيه كالحديد، ونظيره كراهة بيع المعازف، لأن المعصية تقام بها عينها، ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه، وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب، والفرق في ذلك كله ما ذكرنا. فتح. ومثله في البحر عن البدائع، وكذا في الزيلعي، لكنه قال بعده: وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة، لأنه ليس عينها منكراً، وإنما المنكر في استعمالها المحظور اهـ.

قلت: لكن هذه الأشياء تقام المعصية بعينها، لكن ليست هي المقصود الأصلي منها، فإن عين الجارية للخدمة مثلاً والغناء عارض فلم تكن عين المنكر، بخلاف

(وبيع ما يتخذ منه كالحديد) ونحوه يكره لأهل الحرب (لا) لأهل البغي لعدم تفرغهم لعمله سلاحاً لقرب زوالهم، بخلاف أهل الحرب زيلعي.

قلت: وأفاد كلامهم أن ما قامت المعصية بعينه يكره بيعه تحريماً، وإلا فتنزيهاً. نهر.

وفي الفتح: ينفذ حكم قاضيهم لو عادلاً، وإلا لا، ولو كتب قاضيهم إلى قاضينا كتاباً، فإن علم أنه قضى بشهادة عدلين نفذه، وإلا لا.

السلاح فإن المقصود الأصلي منه هو المحاربة به فكان عينه منكراً إذا بيع لأهل الفتنة. فصار المراد بما تقام المعصية به ما كان عينه منكراً بلا عمل صنعة فيه، فخرج نحو الجارية المغنية لأنها ليست عين المنكر، ونحو الحديد والعصير، لأنه وإن كان يعمل منه عين المنكر لكنه بصنعة تحدث فلم يكن عينه، وبهذا ظهر أن بيع الأمرد ممن يلوط به مثل الجارية المغنية فليس مما تقوم المعصية بعينه، خلافاً لما ذكره المصنف والشارح في باب الحظر والإباحة، ويأتي تمامه قريباً. قوله: (يكره لأهل الحرب) مقتضى ما نقلناه عن الفتح عدم الكراهة، إلا أن يقال: المنفي كراهة التحريم والمثبت كراهة التنزيه، لأن الحديد وإن لم تقم المعصية بعينه لكن إذا كان بيعه ممن يعمله سلاحاً كان فيه نوع إعانة. تأمل. قوله: (نهر) عبارته: وعرف بهذا أنه لا يكره بيع ما لم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب الذي يتخذ منه المعازف، وما في بيوع الخانية من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصي به مشكل. والذي جزم به في الحظر والإباحة أنه لا يكره بيع جارية ممن يأتيها في دبرها أو بيع الغلام من لوطي وهو الموافق لما مر. وعندي أن ما في الخانية محمول على كراهة التنزيه والمنفي هو كراهة التحريم، وعلى هذا فيكره في الكل تنزيهاً، وهو الذي إليه تطمئن النفس لأنه تسبب في الإعانة، ولم أر من تعرض لهذا، والله تعالى الموفق اهـ. قوله: (ينفذ) بالتشديد مبنياً للمجهول. قوله: (لو عادلاً) أي لو كان حكم قاضيهم عادلاً: أي على مذهب أهل العدل. قال في الفتح: وإذا ولى البغاة قاضياً على مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته إلى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل، وكذا ما قضى برأي بعض المجتهدين، لأن قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وإن كان مخالفاً لرأي قاضي العدل اهـ. قوله: (ولو كتب قاضيهم الخ) محله إذا كان من أهل العدل، وإلا لا يقبل كتابه لفسقه كما في الفتح وأفاد صحة تولية البغاة القضاء كما سيأتي في بابه، والله سبحانه أعلم.

كتاب اللقيط

عقبه مع اللقطة بالجهاد لعرضيتهما لفوات النفس والمال، وقدم اللقيط لتعلقه بالنفس، وهي مقدمة على المال.

(هو) لغة: ما يلقط، فعيل بمعنى مفعول، ثم غلب على الولد المنبوذ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقيط[1]

أي كتاب لفظ اللقيط. قهستاني، والأولى قول الحموي كتاب في بيان أحكام اللقيط، لأن الكتاب معقود لبيان ما هو أعم من لفظه كنفقته وجنايته وإرثه وغير ذلك ط. قوله: (عقبه مع اللقطة بالجهاد) تبع في هذا التعبير صاحب النهر، وفيه قلب، وصوابه عقب الجهاد به مع اللقطة ط.

قلت: لكن في المصباح: كل شيء جاء بعد شيء فقد عاقبه وعقبه تعقيباً، ثم قال: وعقبت زيداً عقباً من باب قتل وعقوباً جئت بعده، ثم قال: والسلام يعقب التشهد: أي يتلوه، فهو عقيب له اهـ. فعلى هذا إذا قلت أعقبت زيداً عمراً كان معناه: جعلت زيداً تالياً لعمرو، لأن زيداً فاعل في الأصل كما في ألبست زيداً جبة، وكذا تقول أعقبت السلام التشهد، أي أتيت بالسلام بعد التشهد، ومثله أعقبت السلام بالتشهد بزيادة الباء، وعليه فقوله عقب اللقيط بالجهاد معناه: أتى به عقب الجهاد فلا قلب فيه، هذا ما ظهر لي. قوله: (لعرضيتهما) بفتح العين والراء اهـ ح: أي لتوقع عروض الهلاك والزوال فيهما: أي كما أن الأنفس والأموال في الجهاد على شرف الهلاك، وإنما قدمه عليهما لكونه ترقباً لإعلاء كلمة الله تعالى والالتقاط مندوب. قوله: (ما يلقط) أي يرفع من الأرض فتح. قوله: (ثم غلب) أي في اللغة كما هو ظاهر

---

(1) اللقيط لغة: ما يلقط أي يرفع من الأرض وقد غلب على الصبي المنبوذ، وفي المصباح المنبوذ: الصبي الذي تلقيه أمه في الطريق.

انظر: الصحاح ٣/١١٥٧، والمصباح المنير ٢/٨٥٨، والمغرب ٢/٢٤٧

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا.

عرفه الشافعية بأنه: طفل نبيذ بنحو شارع لا يعرف له مدعي، وطفل باعتبار الغالب وإلا فقد يكون صغيراً مميزاً.

عرفه المالكية بأنه: صغير آدمي لم يعرف أبوه ولا أمه

عرفه الحنابلة بأنه: طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضل عن الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز على الصحيح من المذهب، وقيل والمميز لقيط.

انظر: شرح فتح القدير ٦/١٠٩ - ١١٠، نهاية المحتاج ٥/٤٤٢، كشاف القناع ٤/٢٢٦.

باعتبار المآل وشرعاً (اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة) مضيعه آثم ومحرزه غانم (التقاطه فرض كفاية إن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه) ولو لم يعلم به غيره ففرض عين، ومثله رؤية أعمى يقع في بئر. شمني (وإلا فمندوب) لما فيه من الشفقة والإحياء (وهو حر) مسلم تبعاً للدار

المغرب والمصباح، فهو كاستعمالهم اللقطة بمعنى الملقوط ثم تخصيصه بما يلقطه الفم من الحروف. قوله: (باعتبار المآل) لأنه يؤول أمره إلى الالتقاط في العادة، وظاهره أنه مجاز لغوي بعلاقة الأول مثل: أعصر خمراً. وانظر ما قدمناه في باب كيفية القسمة عند قوله: «سماه قتيلاً الخ». قوله: (وشرعاً اسم لحي مولود الخ) كذا في البحر، وظاهر الفتح اتحاد المعنى الشرعي واللغوي، وعلى ما هنا فالمغايرة بينهما بزيادة قيد الحياة وهو غير ظاهر، لأن الميت كذلك فيما يظهر حتى يحكم بإسلامه تبعاً للدار فيغسل ويصلى عليه، ولو وجد قتيلاً في محلة تجب فيه الدية والقسامة كما سنذكره، تأمل. والمراد به ما كان من بني آدم كما نقل عن الإتقاني وقيد بقوله: «طرحه أهله» احترازاً عن الضائع. قوله: (خوفاً من العيلة) بالفتح: الفقر. مصباح. قوله: (فراراً من تهمة الريبة) التهمة: بفتح الهاء وسكونها: الشك والريبة. مصباح. وفيه أيضاً: الريبة: الظن والشك، لكن المراد بها هنا الزنا. قوله: (مضيعه) أي طارحه أو تاركه حتى ضاع أي هلك. قوله: (إن غلب على ظنه هلاكه) بأن وجده في مفازة ونحوها من المهالك، وليس مراد الكنز من الوجوب الاصطلاحي بل الافتراض، فلا خلاف بيننا وبين باقي الأئمة كما قد توهم. بحر. قال في النهر: وفيه إيماء إلى أنه يشترط في الملتقط كونه مكلفاً، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون، ولا يشترط كونه مسلماً عدلاً رشيداً لما سيأتي من أن التقاط الكافر صحيح والفاسق أولى، وأن العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضاً، فالمحجور عليه بالسفه أولى اهـ. ويأتي قريباً تمام الكلام على المحجور. قوله: (وإلا فمندوب) قال في البحر. وينبغي أن يحرم طرحه بعد التقاطه، لأنه وجب عليه بعد التقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه. قوله: (وهو حر) أي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه، لأن الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء، وإنما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم، وكذا الدار دار الأحرار. فتح. ويشمل ما إذا كان الواجد حراً أو عبداً أو مكاتباً ولا يكون تبعاً للواجد والولاء للجهة.

وفي المحيط: لو وجده المحجور ولا يعرف إلا بقوله فقال المولى كذبت بل هو عبدي فالقول للمولى، لأنه ذو اليد إذ لا يد للعبد على نفسه وإن كان العبد مأذوناً فالقول له لأن له يداً، وتمامه في البحر. قوله: (مسلم تبعاً للدار) أفاد أن

(إلا بحجة رقه) على خصم وهو الملتقط لسبق يده (وما يحتاج إليه) من نفقة وكسوة وسكنى ودواء ومهر إذا زوّجه السلطان (في بيت المال) إن برهن على التقاطه (وإن كان له مال) أو قرابة (ففي ماله) أو على قرابته (وارثه) ولو دية(في بيت المال كجنايته) لأن الغرم بالغنم

المعتبر في ثبوت إسلامه المكان، سواء كان الواجد مسلماً أو كافراً، وفيه خلاف سيأتي. قوله: (إلا بحجة رقه) يستثنى منه ما لو كان الملتقط عبداً محجوراً وادعى مولاه أنه عبده كما مر آنفاً، وكذا لو ادعاه الملتقط الحر إن لم يكن أقرّ بأنه لقيط كما في البحر. قوله: (على خصم وهو الملتقط) هذا إذا كان اللقيط صغيراً، فلو كبيراً يثبت رقه بإقامة البينة عليه وبإقراره أيضاً كما في القهستاني عن النظم، لكن إقراره يقتصر عليه ويأتي بيانه في الفروع. قوله: (وما يحتاج إليه) عبارة المتون: ونفقته في بيت المال. قال في البحر: ولو قال وما يحتاج إليه كان أولى، لما في المحيط من أن مهره إذا زوّجه السلطان في بيت المال، وإن كان له مال ففي ماله اهـ. قوله: (من نفقة وكسوة الخ) في النهر: قد مر أن النفقة تعم الطعام والشراب والكسوة والسكنى. قوله: (ودواء) ذكره في النهر بحثاً لأنه أولى من التزويج. قوله: (إذا زوّجه السلطان) أي أو وكيله، وقيد به لأن الملتقط لا يملك تزويجه كما يأتي. والظاهر أن تزويج السلطان له مقيد بالحاجة، كما لو احتاج إلى خادم فزوّجه امرأة تخدمه أو نحو ذلك، وإلا ففيه الإنفاق من بيت المال بلا ضرورة. والظاهر أن نفقة زوجته في بيت المال أيضاً، فتأمل. قوله: (إن برهن على التقاطه) لأنه عساه ابنه والوجه أن لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه لأنها لم تقم على خصم حاضر، ولذا قال في المبسوط: هذه لكشف الحال، والبينة لكشف الحال مقبولة وإن لم تقم على خصم. فتح.

تنبيه: أفاد أنه لو أنفق الملتقط من ماله فهو متبرّع إلا إذا أذن له القاضي بشرط الرجوع، وسيأتي تمامه في اللقطة. قوله: (ولو دية) قال في الفتح: حتى لو وجد لقيط قتيلاً في محلة كان على أهلها ديته لبيت المال وعليهم القسامة، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال، ولو عمداً فالخيار إلى الإمام اهـ: أي بين القتل والصلح على الدية، وليس له العفو. بحر. قوله: (كجنايته) أي على غيره.

مطلبٌ في قولهم: الغُرْمُ بِالغُنْمِ

قوله: (لأن الغرم بالغنم) تعليل لقوله كجنايته. قال في المصباح: والغنم بالغرم

(وليس لأحد أخذه منه قهراً) وهل للإمام الأعظم أخذه بالولاية العامة؟ في الفتح لا، وأقره المصنف تبعاً للبحر، وجوزه في النهر؛ نعم لكن لا ينبغي أخذه إلا بموجب **(فلو أخذه أحد وخاصمه الأول رد إليه)** إلا إذا دفعه باختياره لأنه أبطل حقه **(و)** هذا إذا اتحد الملتقط، فلو تعدد وترجح أحدهما كما **(لو وجده مسلم وكافر فتنازعا قضي به للمسلم)** لأنه أنفع للقيط خانية؛ ولو استويا فالرأي للقاضي. بحر بحثاً.

أي مقابل به، فكما أن الملك يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد، وهذا معنى قولهم: الغرم مجبور بالغنم اهـ. قوله: **(وليس لأحد أخذه منه قهراً)** لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده، وينبغي أن ينتزع منه إذا لم يكن أهلاً لحفظه كما قالوا في الحاضنة، وكما يفيده قول الفتح الآتي إلا بسبب يوجب ذلك. بحر.

قلت: وكذا يفيده ما سيأتي من أنه ينتزع منه من ذمي، ولكن هو مسلم ينزع منه قبل عقل الأديان. والظاهر أن النزع فيه واجب، كما لو كان الملتقط فاسقاً يخشى عليه منه الفجور باللقيطة فينتزع منه قبيل حد الاشتهاء، ولا ينافيه ما في الخانية من أنه إذا علم القاضي عجزه عن حفظه بنفسه وأتى به إليه فإن الأولى له أن يقبله اهـ. لأنه إذا لم يرد بالأولى الوجوب فوجهه أنه إذا لم يقبله منه بعدما أتى به إليه علم أمانته وديانته وأنه حيث لم يقبله منه يدفعه هو إلى من يحفظه فلم يتعين على القاضي لأخذه منه، بخلاف ما إذا كان يخشى عليه من الملتقط؛ وبه اندفع ما في النهر. قوله: **(في الفتح لا)** حيث قال: لا ينبغي للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك؛ لأن يده سبقت إليه فهو أحق به. قوله: **(وجوزه في النهر نعم)** حيث قال: وأقول المذكور في المبسوط أن للإمام الأعظم أن يأخذه بحكم الولاية العامة إلا أنه لا ينبغي له ذلك، وهو الذي ذكره في الفتح. قوله: **(وهذا)** أي عدم أخذه من الملتقط. قوله: **(لأنه أنفع للقيط)** لأنه يعلمه أحكام الإسلام ولأنه محكوم له بالإسلام، فكان المسلم أولى بحفظه. أفاده في البحر.

قلت: وهذا إذا لم يعقل الأديان وإلا نزع من الكافر ولو كان هو الملتقط وحده كما يأتي. تأمل. قوله: **(ولو استويا)** بأن كانا مسلمين أو كافرين. قوله: **(فالرأي للقاضي)** ينبغي أن يرجح ما هو أنفع للقيط. نهر. بأن يقدم العدل على الفاسق والغني على الفقير، بل ظاهر تعليل الخانية بأنه أنفع للقيط عدم اختصاص الترجيح بالإسلام فيعم ما ذكر، فيقضي به للعدل والغني حيث كان هو الأنفع، ولذا قال في البحر: وهو يفيد أنه إن أمكن الترجيح اختص به الراجح اهـ. وعلى هذا تحمل قوله ولو استويا أي

(ويثبت نسبه من واحد) بمجرد دعواه ولو غير الملتقط استحساناً لو حياً وإلا فالبينة. خانية (ومن اثنين) مستويين كولد أمة مشتركة. وعبارة المنية: ادعاه أكثر من اثنين فعن الإمام أنه إلى خمسة ظاهرة في عدم قبول دعوى الزائد. ولا يشترط اتحاد الإمام نهر،

في صفات الترجيح كلها. قوله: (استحساناً) والقياس أن لا تصح دعواهما، أما الملتقط فللتناقض، وأما غيره فلأن فيه إبطال حق ثابت بمجرد دعوى: أعني الحفظ للملتقط وحق الولد للعامة. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه والتناقض لا يضر في دعوى النسب، وإبطال حق الملتقط ضمناً ضرورة ثبوت النسب، وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً؛ ألا ترى أن شهادة القابلة بالولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاقه للإرث، ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح. نهر. قوله: (لو حياً) أي لو كان اللقيط حياً وهو مرتبط بقوله: «بمجرد دعواه». قوله: (وإلا فبالبينة) أي وإن كان اللقيط ميتاً وترك مالاً أو لم يترك فادعى رجل بعد موته أنه ابنه لا يصدق إلا بحجة. بحر عن الخانية: أي لاحتمال ظهور مال له، وتأمل وجه الفرق أن دعوى الحي تتمحض للنسب، بخلاف الميت لاستغنائه عنه بالموت فصارت دعوى الإرث، ثم رأيته صريحاً في الفتح. وأيضاً فإنه في دعوى الحي غير متهم لإقراره على نفسه بوجوب النفقة. تأمل. قوله: (ومن اثنين مستويين) أي إذا ادعياه معاً فلو سبق أحدهما فهو ابنه ما لم يبرهن الآخر، وقيد الاستواء، إذ لو كان لأحدهما مرجح، فهو أولى كملتقط وخارج فيحكم به للملتقط ولو ذمياً وبإسلام الولد؛ ولو خارجين يقدم من برهن على من لم يبرهن، والمسلم على الذمي، والحر على العبد، والذمي الحرّ على العبد المسلم، أفاده في البحر. وكأن الشارح ترك التقييد بالمعية لكون الأسبق له مرجح وهو السبق لعدم المنازع، ومن المرجح وصف أحدهما علامة كما يأتي. قوله: (كولد أمة مشتركة) أي فإنه لو ادعاه كل من الشريكين أو الشركاء معاً ثبت من الكل، فهو تشبيه لمسألة المتن بهذه كما نبه عليه في الدر المنتقى، لا تقييد لما في المتن بما إذا ادعاه كل من الملتقطين من جارية مشتركة، خلافاً لما فهمه في البحر من عبارة الخانية كما نبه عليه في النهر، ولذا قال بعده: ولا يشترط اتحاد الأم، وبه صرح في التاترخانية كما يأتي. قوله: (وعبارة المنية) مبتدأ ومضاف إليه، وقوله: «ادعاه الخ» بدل من عبارة، وقوله: «ظاهرة» خبر المبتدأ، ومثل ما في المنية ما في الفتح حيث قال: ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف، وهو رواية عن أحمد. وعند محمد: لا يلحق بأكثر من ثلاثة. وفي شرح الطحاوي: وإن كان المدعي أكثر من اثنين، فعن أبي حنيفة أنه جوّزه إلى خمسة اهـ. قال في البحر: ولم أر توجيه هذه الأقوال. قوله: (ولا يشترط اتحاد الأم) لما في النهر عن التاترخانية:

لكن في القهستاني عن النظم ما يفيد ثبوته من الأكثر فليحرر.

(ولو ادعته امرأة) واحدة **(ذات زوج، فإذا صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت بينة)** ولو رجلاً وامرأتين على الولادة **(صحت)** دعوتها **(وإلا لا)** لما فيه من تحميل النسب على الغير **(وإن لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين؛ ولو ادعته امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به، وإن أقامتا جميعاً فهو ابنهما)** خلافاً لهما. الكل من الخانية **(وإن)** ادعاه خارجان و**(وصف أحدهما علامة به)** أي بجسده لا بثوبه **(ووافق فهو أحق)** إذا لم يعارضها أقوى منها، كبينة

لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى تقضى بالولد بينهما، وهل يثبت نسب الولد من المرأتين على قياس قوله: «يثبت» وعلى قولهما: «لا». قوله: **(لكن في القهستاني الخ)** استدراك على ما في المنية، وعبارة القهستاني هكذا: وفيه: أي في قول النقاية: ولو رجلين إشارة إلى أنه لو ادعاه أكثر من رجلين لم يثبت منه، وهذا عند أبي يوسف. وأما عند محمد فيثبت من الثلاث لا الأكثر. وعند أبي حنيفة: يثبت من الأكثر اهـ. فقوله: «من الأكثر» يشمل ما فوق الخمسة، لكن حيث قيده غيره بالخمسة يحمل إطلاقه عليه لأنه صريح. قوله: **(ولو رجلاً وامرأتين)** لعله أتى بالمبالغة إشارة إلى أن قوله الآتي: «فلا بد من شهادة رجلين» ليس المراد به الحصر في الرجلين بل المراد به نصاب الشهادة فهو نفي لقبول شهادة الفرد، فلا ينافي قبول شهادة رجل وامرأتين لأن الشهادة على النسب لا يشترط فيها الرجال، بخلاف نحو الحدود والقود، فافهم. قوله: **(على الغير)** أي على الزوج لأنه يلزم من ثبوته منها ثبوته منه لأن الولد للفراش. قوله: **(فلا بد من شهادة رجلين)** ذكر في النهر أن هذا يخالف ما في المنية من أنها تصدق ولو ادعت أنه ابنها منه اهـ. وذكر في الخانية الفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل بلا بينة، وهو أن في قبول قول الرجل دفع العار عن اللقيط، وليس ذلك في دعوى المرأة فلا يقبل قولها بلا بينة اهـ. ولذا قبل قولها بتصديق الزوج وشهادة القابلة، لأنه يثبت نسبه من الزوج فيندفع عنه العار: أي عاره بكونه لا أب له فإنه مظنة كونه ابن زنا. قوله: **(خلافاً لهما)** فعندهما لا يكون لواحدة منهما، لكن عن محمد روايتان: إحداهما كقول الإمام كما في البحر عن البدائع. قوله: **(الكل من الخانية)** أي ما ذكر من مسائل دعوى المرأة والمرأتين. قوله: **(وإن ادعاه خارجان)** أي لا يد لأحدهما عليه، وقيد به لما في البحر من أن ظاهر ما في الفتح تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة. قوله: **(أي بجسده)** أي كشامة وسلعة. قوله: **(لا بثوبه)** لأن الثوب غير ملازم له فلا يفيد التعيين ط.

قلت: وهذا ذكره في النهر أخذاً من مفهوم قول القدوري «بجسده». قوله: **(ووافق)** قيد به لأنه لو لم يوافق فلا ترجيح وهو ابنهما وكذا لو أصاب في البعض دون

الآخر وحريته وسبقه ومنه إن أرخاه فإن اشتبه فبينهما وإسلامه، ولو ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى: فلو مشكلاً قضي لهما، وإلا فلمن ادعى أنه ابنه؛ ولو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضي به للمسلم. تاترخانية.

(و) يثبت نسبه (من ذمي و) لكن (هو مسلم) استحساناً فينتزع من يده قبيل عقل الأديان ما لم يبرهن بمسلمين أنه ابنه فيكون كافراً. نعم (إن لم يكن) أي

البعض أو وصفاً ولم يصب واحد منهما أما لو أصاب أحدهما دون الآخر فهو لمن أصاب. بحر عن الظهيرية. قوله: (وسبقه) أي لو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه اهـ. فتح. فعلم أن المراد السبق في الدعوى لا في وضع اليد، لأن الكلام في الخارجين عنهم. قوله: (وحريته) ذكره في النهر بحثاً. قوله: (ومنه إن أرخاه فإن اشتبه فبينهما) هذا يوجد في بعض النسخ. قال في البحر: وفي الظهيرية: رجلان ادعياه وأرخت بينة كل منهما يقضي لمن يشهد له سن الصبي، فلو السن مشتبهاً بمعنى كونهما يسقط اعتبار التاريخ ويقضي لهما. وعلى قوله، وفي رواية كذلك، وفي أخرى لأسبقهما تاريخاً. وفي التاترخانية: يقضي به بينهما في عامة الروايات، وهو الصحيح اهـ ملخصاً. وحيث كانت العلامة مرجحة فالظاهر اعتبارها هنا أيضاً فيقضي به لذي العلامة. قال في الفتح: وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعين يكون ابناً لهما. وعند الشافعي يرجع إلى القافة. قوله: (قضي لهما) لأنه لم يظهر ترجيح أحدهما على الآخر فاستويا، كما لو وصف به وصفاً ولم يصب واحد منهما كما مر، فافهم. قوله: (وإلا فلمن ادعى أنه ابنه) مقتضاه ولو ظهر أنه أنثى، وهو مخالف للمصدق المطابق، ولذا قال المقدسي: ينبغي أنه لمن وافق.

قلت: على أن الذي رأيته في التاترخانية: وإن لم يكن مشكلاً وحكم بكونه ابناً فهو للذي يدعي أنه ابنه اهـ. وهذا لا إشكال فيه، والشارح تبع في التعبير صاحب البحر، وفيه اختصار مخل. قوله: (قضي به للمسلم) لأن الذميين شهدا على ذمي والمسلمين على مسلم فصحت الشهادتان وترجح المسلم اهـ ح. قوله: (استحساناً) والقياس أن لا يثبت نسبه، لأن فيه نفي إسلامه الثابت بالدار. وجه الاستحسان أن دعواه تضمنت شيئين: النسب وهو نفع للصغير ونفي الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به، وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر، بأن أسلمت أمه فصححنا دعواه فيما ينفعه دون ما يضره. فتح. قوله: (ما لم يبرهن) وذكر ابن سماعة عن محمد لو عليه زي أهل الشرك كصليب ونحوه فهو ابنه وهو نصراني. فتح. قوله: (بمسلمين) فلو أقام بينة من أهل الذمة لا يكون ذمياً، لأن حكمت بإسلامه فلا يبطل هذا الحكم بهذه البينة لأنها

يوجد (في مكان أهل الذمة) كقريتهم أو بيعة أو كنيسة والمسألة رباعية، لأنه إما أن يجده مسلم في مكاننا فمسلم، أو كافر في مكانهم فكافر، أو كافر في مكاننا أو عكسه فظاهر الرواية اعتبار المكان لسبقه اختيار (و) يثبت (من عبد وهو حرّ) وإن ادعى أنه ابنه من زوجته الأمة عند محمد. وكلام الزيلعي ظاهر في اختياره.

(ولو ادعاه حرّان أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذي يدعيه من الحرة أولى) لثبوته من الجانبين. زيلعي (وإن وجد معه مال فهو له) عملاً بالظاهر ولو فوقه أو تحته أو دابة هو عليها، لا ما كان بقربه (فيصرفه الواجد) أو غيره (إليه بأمر القاضي) في ظاهر الرواية لأنه مال ضائع.

شهادة قامت في حق الدين على مسلم فلا تقبل. بحر عن الخانية. قوله: (أو عكسه) أي مسلم في مكانهم. قوله: (فظاهر الرواية اعتبار المكان) أي في الصورتين وفي بعض نسخ المبسوط: اعتبر الواجد، وفي بعضها: اعتبر الإسلام: أي ما يصير به الولد مسلماً نظراً له، ولا ينبغي أن يعدل عن ذلك. وقيل يعتبر بالسيما والزي. فتح. وعلى مارجحه في الفتح يصير مسلماً في ثلاث صور وذمياً في صورة واحدة وهي ما لو وجده ذمي في مكانهم وهو ظاهر الكنز وغيره. وقال في البحر أيضاً: ولا يعدل عنه. قوله: (لسبقه) أي سبق المكان على يد الواجد. قوله: (وهو حر) أي إلا بحجة رقه كما قدمه المصنف. قوله: (عند محمد) وقال أبو يوسف: يكون عبداً لأنه يستحيل أن يكون الولد حراً بين رقيقين. قلنا: لا يستحيل لجواز عتقه قبل الانفصال وبعده، فلا تبطل الحرية بالشك. زيلعي. وتمامه في النهر. قوله: (لثبوته من الجانبين) فيه أن النسب يثبت من جانب الأم أيضاً سواء كانت الأمة زوجة له أو مملوكة له، فالمراد ثبوت أحكامه كما عبر به الزيلعي: أي كالإرث وحق الحضانة ووجوب النفقة ونحو ذلك، وهذا مختص بالحرة فكانت هذه البينة أكثر إثباتاً. قوله: (عملاً بالظاهر) أورد عليه أن الظاهر يصلح للدفع لا للإثبات. قلنا نعم يدفع بهذا الظاهر دعوى ملك غيره عنه، ثم يثبت ملكه بقيام يده مع حريته المحكوم بها. أفاده في الفتح. قوله: (ولو فوقه أو تحته) دخل فيه الدراهم الموضوعة عليه، وينبغي أن تكون الدراهم التي فوق فراشه أو تحته كلباسه ومهاده ودثاره، بخلاف المدفونة تحته ولم أره. بحر. قوله: (أو دابة) بالنصب عطفاً على «فوقه» أي ولو كان ذلك المال دابة هو عليها اهـ ح. قوله: (لا ما كان بقربه) في بعض النسخ لا مكان بقربه، وعليها كتب ح فقال الظاهر أنه سقط لفظ «في» والأصل لا في مكان بقربه عطفاً على «فوقه» اهـ. قال في النهر: وبه عرف أن الدار التي هو فيها: وكذا البستان لا يكون له بالأولى اهـ. وقد توقف فيه في البحر بعد أن نقل عن الشافعية أن الدار له وفي البستان وجهان. قوله: (لأنه مال

(ولو قرر القاضي ولاءه للملتقط صح) ظهيرية. لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه؛ نعم له بعد بلوغه أن يوالي من شاء ما لم يعقل عنه بيت المال. خانية (ويدفعه في حرفة ويقبض هبته) وصدقته (وليس له ختنه) فلو فعل فهلك ضمن، ولو علم الختان أنه ملتقط ضمن. ذخيرة (وله نقله حيث شاء) وينبغي منعه من مصر إلى قرية. بحر (ولا ينفذ للملتقط عليه نكاح وبيع و) كذا (إجارة) في الأصح، لأن الولاية عليه في ماله ونفسه للسلطان، لحديث «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ».

ضائع) قال في الفتح: أي لا حافظ له وماله وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا لغير الواجد بأمره، والقول له في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي. قوله: (ولو قرر القاضي ولاءه للملتقط صح) أي بأن يقول له: جعلت ولاء هذا اللقيط لك ترثه إذا مات وتعقل عنه إذا جنى. قوله: (لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه) فإن من العلماء من قال: إن الملتقط يشبه المعتق من حيث إنه أحياه كالمعتق، فعلى هذا لا يكون متبرعاً بالإنفاق بغير أمر القاضي إذا أشهد ليرجع كالوصي. بحر من كتاب اللقطة ط. قوله: (نعم له الخ) ظاهره أن له ذلك ولو بعد ما قرر القاضي ولاءه للملتقط، والظاهر خلافه لأنه تأكد بالقضاء، وقد راجعت عبارة الخانية فرأيته ذكر المسألة الثانية ولم يذكر مسألة تقرير القاضي. قوله: (ما لم يعقل عنه بيت المال) فإن جنى ثم عقل عنه تقرر إرثه له، لأن الغنم بالغرم. قوله: (ويدفعه في حرفة) ينبغي أن يقال: ما قيل في وصيّ اليتيم أنه يعلمه العلم أولاً، فإن لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة. نهر. قوله: (ويقبض هبته وصدقته) أي ما وهبه له الغير أو تصدق به عليه إذا كان فقيراً. قوله: (وليس له ختنه) الظاهر أن هذا لو بدون إذن السلطان أو نائبه، فلو أذن صح لأن ولايته له كما يأتي، لذا كان لوصيّ اليتيم أن يختنه. قوله: (ولو علم الختان الخ) نقله في البحر عن الذخيرة بقيل. قوله: (ولا ينفذ للملتقط عليه نكاح) لأنه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة، ولا وجود لواحد منها. نهر. وقدم الشارح أن مهره في بيت المال إذا زوّجه السلطان. قوله: (وبيع) أي بيع ماله، وكذا شراء شيء ليستحق الثمن ديناً عليه، لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة، وما من ضروريات ذلك اعتباراً بالأم فإنها لا يجوز لها ذلك، مع أنها تملك تزويجه عند عدم العصبة، وتمامه في الفتح. قوله: (في الأصح) لأنه يملك إتلاف منافعه ولا يملك تمليكها فأشبه العم، بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى. فتح. وقوله ولا يملك تمليكها يشمل ما إذا آجره ليأخذ الأجرة لنفسه أو للقيط، بل المتبادر الثاني لأن الأول معلوم من قوله: لا يملك إتلاف منافعه. وعليه فيشكل قول القهستاني لا يجوز أن يؤجره ليأخذ الأجرة لنفسه مع أنه خلاف إطلاق المتون. وعلى هذا فلا يصح أن يحمل

فروع: لو باع أو كفل أو دبر أو كاتب أو أعتق أو وهب أو تصدق وسلم ثم أقر أنه عبد لزيد لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم، وتمامه في الخانية؛ ومجهول نسب كلقيط.

كتاب اللُّقَطَة

(هي) بالفتح وتسكن: اسم وضع للمال الملتقط. عيني.

مقابل الأصح من جواز إجارته حتى ما إذا آجره ليأخذ الأجرة لنفسه توفيقاً بين القولين، فافهم. قوله: (لو باع الخ) أي اللقيط بعد بلوغه. قوله: (وسلم) قيد في وهب وتصدق، لأن به يحصل الملك للموهوب له والمتصدق عليه. قوله: (لا يصدق في إبطال شيء من ذلك) مفهومه أنه يصدق في إقراره بالرق لزيد، وهذا إذا كان زيد يدعيه وكان قبل أن يقضي عليه بما لا يقضي به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه، فلو بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل، لأن فيه إبطال حكم الحاكم، ولأنه مكذب شرعاً فهو كما لو كذبه زيد، ولو كانت اللقيطة امرأة لها زوج كانت أمة للمقر له، ولا تصدق في إبطال النكاح، ولو كان رجلاً عليه مهر لزوجته لا يصدق في إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه اهـ. فتح. ملخصاً، وتمامه في البحر. وفيه عن التاترخانية، إذا أقر أنه عبد لا يصدق على إبطال شيء كان فعله إلا النكاح، لأنه زعم أنه لم يصح لعدم إذن من يزعم أنه مولاه فيؤاخذ بزعمه، بخلاف المرأة لا يبطل نكاحها اهـ. قوله: (ومجهول نسب كلقيط) أي فيما ذكر من الإقرار لا في جميع أحكامه كما لا يخفى، وهذه المسألة ستأتي في آخر كتاب الإقرار بتفاصيلها إن شاء الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقطة[1]

تقدم وجه تقديم اللقيط عليها. وقال في العناية: هما متقاربان لفظاً ومعنى، وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما، وقدم الأول لشرف بني آدم. قوله: (بالفتح) أي فتح القاف مع ضم اللام ويفتحهما كما في القاموس. قوله: (وتسكن) قال الأزهري: الفتح قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين. وقال الليث: هي بالسكون، ولم أسمعه لغيره. ومنهم من يعد السكون من لحن العوام. مصباح. قوله: (اسم وضع للمال الملتقط) فهو حقيقة لا مجاز، وهذا هو المتبادر من كتب اللغة، لكن

---

(١) اللقطة لغة: اسم لما يلتقط، وفيها أربع لغات، نظمها شيخنا أبو عبد الله بن مالك فقال:

لُقَاطَةٌ، ولُقْطَةٌ، ولُقَطَه ولَقَطٌ ما لاقِطٌ قد لَقَطَه

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، روي عن الخليل: واللقطة، بضم اللام =

وشرعاً: مال يوجد ضائعاً ابن كمال. وفي التاترخانية عن المضمرات: مال يوجد

اختار في الفتح أنها مجاز لأنها بالفتح وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة لكثير الهمز واللمز، وبالسكون للمفعول كضحكة وهزأة لمن يضحك منه ويهزأ به، وإنما قيل للمال لقطة بالفتح، لأن الطباع في الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار باعتبار أنه داع إلى أخذه لمعنى فيه كأنه الكثير الالتقاط مجازاً، وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط، وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بالفتح اسم للمال أيضاً محمول على هذا اهـ. قوله: (وشرعاً مال يوجد ضائعاً) الظاهر أنه مساو للمعنى اللغوي المذكور، ومثله قول المصباح: الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه، ويدل عليه أن ابن كمال لم يذكر المعنى اللغوي، وهو ظاهر كلام الفتح أيضاً. وعليه فلا يلزم في حقيقتها عدم معرفة المالك ولا عدم الإباحة. أما الأول فلأنه إذا وجب رده إلى مالكه الذي ضاع منه لا يخرج عن كونه لقطة. وأما كونها يجب تعريفها فذاك إذا لم يعرف مالكها، إذ لا يلزم اتحاد الحكم في جميع أفراد الحقيقة كالصلاة وغيرها. وأما المباح كالملتقط من حربي فكذلك، ومثله ما يلقط من الثمار كجوز ونحوه، كما يأتي، فهو يسمى لقطة شرعاً ولغة وإن لم يجب تعريفه ولا رده إلى مالكه. وبه علم مغايرة هذا التعريف لما بعده، ولا ضرر في ذلك، فافهم. قوله: (مال يوجد الخ) أخرج ما عرف مالكه فليس لقطة بدليل أنه لا يعرف بل يرد إليه، وبالأخير مال الحربي. لكن يرد عليه ما كان محرزاً بمكان أو حافظ فإنه داخل في التعريف، فالأولى أن يقال: هو مال معصوم معرض للضياع. بحر.

وأقول: المحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله يوجد: أي في الأرض ضائعاً، إذ لا يقال في المحرز ذلك. على أنه في المحيط جعل عدم الإحراز من شرائطها وعرفها بما

(*) وبسكون القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط، رواه أبو منصور. وهو قياس اللغة، لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول كضُحَكة للكثير الضحك، وضُحْكة لمن يضحك منه.
انظر: المعرب: ٢/١٢٠، المطلع: ٢٨٦، القاموس المحيط: ٣/١٩٧.
واصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: أمانة بيد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها وهي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذه أمانة. واللقطة مال معصوم معرض للضياع.
عرفها الشافعية بأنها: مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحرز ولا عرف الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته
عرفها المالكية بأنها: مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً أو فرساً
عرفها الحنابلة بأنها: المال الضائع من ربه يلتقطه غيره
انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام: ٦/١١٨، تبيين الحقائق: ٣/٣٠١، نهاية المحتاج: ٥/٤٢٦، الشرقاوي على التحرير: ٢/١٣٩، جواهر الإكليل: ٢/٢١٧، حاشية الدسوقي: ٤/١٩٧، الشرح الصغير: ٣/٢٥٠، المغني لابن قدامة: ٥/٦٦٣، كشف القناع: ٤/٢٠٨، ٢٠٩.

ولا يعرف مالكه، وليس بمباح كمال الحربي. وفي المحيط: (**رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لا للتمليك**) وهذا يعم ما علم مالكه كالواقع من السكران، وفيه أنه أمانة لا لقطة، لأنه لا يعرف بل يدفع لمالكه (**ندب رفعها لصاحبها**) إن أمن على نفسه تعريفها وإلا فالترك أولى. وفي البدائع: وإن أخذها لنفسه حرم لأنها كالغصب (**ووجب**) أي فرض. فتح وغيره

بشيء، وهذا يفيد أن عدم معرفة المالك ليس شرطاً في مفهومهما. نهر. قوله: (**رفع شيء الخ**) هذا تعريف لها بالمعنى المصدري: أعني الالتقاط لأنه لازمها، وهذا يقع في كلامهم كثيراً، ومنه الأضحية فإنها اسم لما يضحى به. وعرفوها شرعاً بذبح حيوان مخصوص الخ، وهذا التعريف يخرج ما كان مباحاً. قوله: (**لا للتمليك**) الأولى لا للتملك. قوله: (**وفيه أنه أمانة لا لقطة الخ**) فيه نظر، فإن اللقطة أيضاً أمانة، وعدم وجوب تعريفه لا يخرجه عن كونه لقطة كما قدمناه، لأنه وإن علم مالكه فهو مال ضائع: أي لا حافظ له نظير ما مر في المال الذي يوجد مع اللقيط. وفي القاموس: ضاع الشيء صار مهملاً، ولهذا ذكر في النهر أن هذا الفرع يدل على ما استفيد من هذا التعريف من أن عدم معرفة المالك ليس شرطاً في مفهومهما. قوله: (**ندب رفعها**) وقيل الأفضل عدمه. والصحيح الأول، وهو قول عامة العلماء خصوصاً في زماننا، كما في شرح الوهبانية.

قلت: ويمكن التوفيق بالأمن وعدمه. قوله: (**إن أمن على نفسه تعريفها**) أي عدم تعريفها كما لا يخفى اهـ ح: أي لأن الأمن مما يخاف منه والمخوف عدم التعريف لا التعريف، إلا أن يدعي تضمين أمن معنى وثق منها. تأمل. قوله: (**وإلا**) أي وإن لم يأمن بأن شك، فلا ينافي ما في البدائع لأنه فيما إذا أخذها لنفسه، فإذا تيقن من نفسه منعها من صاحبها فرض الترك، وإذا شك ندب. أفاده ط. لكن إذا أخذها لنفسه لم يبرأ من ضمانها إلا بردها إلى صاحبها كما في الكافي. قوله: (**لأنها كالغصب**) أي حكماً من جهة الحرمة والضمان، وإلا فحقيقة الغصب رفع اليد المحقة ووضع المبطلة، ولا يد محقة هنا. تأمل. قوله: (**ووجب أي فرض**) ظاهره أن المراد الفرض القطعي الذي يكفر منكره، وفيه نظر. على أنه في الفتح لم يفسر الوجوب بالافتراض كما فعل الشارح، بل قال: وإن غلب على ظنه ذلك: أي ضياعها إن لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع اهـ. تأمل. قوله: (**فتح وغيره**) أي كالخلاصة والمجتبى، لكن في البدائع أن الشافعي قال: إنه واجب وهو غير سديد، لأن الترك ليس تضييعاً بل امتناع عن حفظ غير ملتزم كالامتناع عن قبول الوديعة اهـ. وأشار في الهداية إلى التبري من الوجوب بقوله: وهو واجب إذا خاف الضياع على ما قالوا. بحر ملخصاً. وجزم

(عند خوف ضياعها) كما مر، لأن المال المسلم حرمة كما لنفسه، فلو تركها حتى ضاعت أثم، وهل يضمن؟ ظاهر كلام النهر لا، وظاهر كلام المصنف نعم لما في الصيرفية: حمار يأكل حنطة إنسان فلم يمنعه حتى أكل. قال في البدائع:

في النهر بأن ما في البدائع شاذ وأن ما في الخلاصة جرى عليه في المحيط والتاترخانية والاختيار وغيرها اهـ.

قلت: وكذا في شرح الوهبانية تبعاً للذخيرة. قوله: (عند خوف ضياعها) المراد بالخوف غلبة الظن كما نقلناه آنفاً عن الفتح، وهذا إذا أمن على نفسه، وإلا فالترك أولى كما في البحر عن المحيط. تأمل. قوله: (كما مر) أي في اللقيط من قوله: «التقاطه فرض كفاية إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه، ولو لم يعلم به غيره ففرض عين» اهـ. وينبغي هذا التفصيل هنا ح ط. قوله: (فلو تركها) أي وقد أمن على نفسه وإلا فتركه أفضل ط. قوله: (ظاهر كلام النهر لا) الأولى أن يقول: استظهر في النهر لا، وأصله لصاحب البحر استدلالاً بما في جامع الفصولين: لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برىء، ولو أخذه ثم تركه ضمن لو مالكه غائباً لا لو حاضراً، وكذا لو رأى ما وقع من كم رجل اهـ. فقوله وكذا يدل على أنه لا يضمن بترك أخذه، لكنه يدل على أنه لو أخذه ثم تركه يضمنه، وهو خلاف ما يأتي قريباً عن الفتح، والفرق بينه وبين الزق أن الزق إذا انفتح ثم تركه بعد أخذه لا بد من سيلان شيء منه فالهلاك فيه محقق، بخلاف الواقع من الكم لو تركه بعد أخذه لاحتمال أن يلتقطه أمين غيره.

تنبيه: أفاد أنه لا يلزم من الإثم الضمان، واستدل له في البحر بما قالوا: لو منع المالك من أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن اهـ.

قلت: وكذا لو حل دابة مربوطة ولم يذهب بها فهربت أو فتح باب قفص فيه طير أو دار فيها دواب فذهبت فلا يضمن، بخلاف ما إذا حل حبلاً علق فيه شيء، أو شق زقاً فيه زيت كما في كافي الحاكم، لأن السقوط والسيلان محقق بنفس الحل والشق، بخلاف ذهاب الدواب أو الطير فإنه بفعلها لا بنفس فتح الباب، ومثله ترك اللقطة بعد أخذها، فإن هلاكها ليس بالترك بل بفعل الآخذ بعده، وكذا لو تركها قبل أخذها بالأولى، بخلاف ترك الزق المنفتح بعد أخذه فإن سيلانه بتركه، أما لو تركه قبل أخذه فإنه لا ينسب سيلانه إليه أصلاً. قوله: (لما في الصيرفية الخ) ذكر الزاهدي هذا الفرع بلفظ: رأى حماره. قال الخير الرملي: فلو الحمار لغيره أفتيت بعدم الضمان اهـ. ولا يخفى ظهور الفرق بين حماره وحمار غيره، فإنه إذا كان الحمار له وتركه صار الفعل منسوباً إليه والنفع عائداً عليه، بخلاف حمار غيره فإنه وإن كان الإتلاف محققاً وهو يشاهده لكنه لا ينتفع به فهو كما لو رأى زقاً منفتحاً كما مر، وإذا لم يضمن هنا لا يضمن بترك

الصحيح أنه يضمن اشهى. وفي الفتح وغيره: أو رفعها ثم ردها لمكانها لم يضمن في ظاهر الرواية. وصح التقاط صبي وعبد، لا مجنون ومدهوش ومعتوه وسكران لعدم الحفظ منهم (فإن أشهد عليه) بأنه أخذه ليرده على ربه ويكفيه أن يقول: من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي (وعرّف)

اللقطة بالأولى لعدم تحقق التلف به كما قلنا، فافهم. قوله: (لم يضمن في ظاهر الرواية) هذا إذا أخذها ليعرفها فمن البدائع لا يبرأ ما لم يردها إلى ربها كما في [نور العين] عن الخانية، وقدمناه عن كافي الحاكم واطلاقه فشمل ما إذا ردها قبل أن يذهب بها أو بعده. قال في الفتح: وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها، فإن بعده ضمن، وبعضهم ضمنه مطلقاً، والوجه ظاهر المذهب اهـ. ويشمل أيضاً ما لو خاف بإعادتها الهلاك، وهو مؤيد لما استظهره في النهر كما مر. قوله: (وصح التقاط صبي وعبد) أي ويكون التعريف إلى ولي الصبي كما في المجتبى. وينبغي أن يكون التعريف إلى مولى العبد كالصبي بجامع الحجر فيهما، أما المأذون والمكاتب فالتعريف إليهما. نهر. وصح أيضاً التقاط الكافر لقول الكافي: لو أقام مدعيها شهوداً كفاراً على ملتقط كافر قبلت اهـ. وعليه فتثبت الأحكام من التعريف والتصدق بعده أو الانتفاع، ولم أره صريحاً. بحر. قوله: (لا مجنون الخ) مأخوذ من قوله في النهر: ينبغي أن لا يتردد في اشتراط كونه عاقلاً صاحياً فلا يصح التقاط المجنون الخ. لكن الشارح زاد عليه المعتوه، وقدمنا أول باب المرتد أن حكمه حكم الصبي العاقل، ومقتضاه صحة التقاطه. تأمل. قال ط: وفائدة صحة التقاط المجنون ونحوه أنه بعد الإفاقة ليس له الأخذ ممن أخذها منه. ومفاد التعليل تقييد الصحة في الصبي بالعقل اهـ. قوله: (فإن أشهد عليه) ظاهر المبسوط اشتراط العدلين فتح. قوله: (ويكفيه) أي في الإشهاد أن يقول الخ، وكذا قوله عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه الخ، ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنها اسم جنس، ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان فتح. وقوله أو شيء يدل على أنه لا يشترط التصريح بكونه لقطة، وبه صرح في البحر عن الولوالجية. قوله: (ينشد) في المصباح نشدت الضالة نشداً من باب قتل طلبتها، وكذا إذا عرفتها والاسم نشدة ونشدان بكسرهما، وأنشدتها بالألف عرفتها. قوله: (وعرف) معطوف على أشهد فظاهره أن الإشهاد لا يكفي لنفي الضمان، وهكذا شرط في المحيط لنفي الضمان الإشهاد وإشاعة التعريف. وحكى فيه في الظهيرية اختلافاً. فقال الحلواني: يكفي عن التعريف إشهاده عند الأخذ بأنه أخذها ليردها وهو المذكور في السير. ومنهم من قال: يأتي على أبواب المساجد وينادي.

وحاصله أن الإشهاد لا بد منه على قول الإمام باتفاقهم، والخلاف في أنه هل

أي نادى عليها حيث وجدها، وفي المجامع (إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها أو أنها تفسد إن بقيت كالأطعمة) والثمار (كانت أمانة) لم تضمن بلا تعدٍّ، فلو لم يشهد مع التمكن منه

يكفي عن التعريف بعده أو لا؟ ولم يقل أحد إن التعريف بعد الأخذ يكفي عن الإشهاد وقت الأخذ خلافاً لما فهمه في الفتح، هذا حاصل ما في البحر والنهر. قوله: (أي نادى عليها الخ) أشار إلى أن المراد بالتعريف الجهر به كما في الخلاصة لا كما فعله بعضهم حيث دلى رأسه في بئر خارج المصر فنادى عليها فاتفق أن صاحبها كان هناك فسمعه كما حكاه السرخسي. وفيه أن لقطة الصبي يعرفها وليه، زاد في القنية: أو وصيه. وهل للملتقط دفعها إلى غيره ليعرفها؟ فقيل: نعم إن عجز، وقيل لا ما لم يأذن القاضي. بحر ملخصاً. وفي القهستاني: له دفعها لأمين، وله استردادها منه، وإن هلكت في يده لم يضمن. قوله: (وفي المجامع) أي محلات الاجتماع كالأسواق وأبواب المساجد. بحر. وكبيوت القهوات في زماننا. قوله: (إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها) لم يجعل للتعريف مدة اتباعاً للسرخسي، فإنه بنى الحكم على غالب الرأي، فيعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه، وصححه في الهداية، وفي المضمرات والجوهرة، وعليه الفتوى، وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحول في القليل والكثير كما ذكره الإسبيجابي، وعليه قيل يعرفها كل جمعة وقيل كل شهر، وقيل كل ستة أشهر. بحر.

قلت: والمتون على قول السرخسي، والظاهر أنه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير. تأمل. قال في الهداية: فإن كانت شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة، حتى جاز الانتفاع به بلا تعريف، ولكنه يبقى على ملك مالكه، لأن التمليك من المجهول لا يصح. وفي شرح السير الكبير: لو وجد مثل السوط والحبل فهو بمنزلة اللقطة، وما جاء في الترخيص في السوط فذاك في المنكسر ونحوه مما لا قيمة له ولا يطلبه صاحبه بعد ما سقط منه، وربما ألقاه مثل النوى وقشور الرمان وبعر الإبل وجلد الشاة الميتة. أما ما يعلم أن صاحبه يطلبه فهو بمنزلة اللقطة والدابة العجفاء التي يعلم أن صاحبها تركها إذا أخذها إنسان فعليه ردها استحساناً، لأن صاحبها إنما تركها عجزاً فلا يزول ملكه عنها بذلك، والسوط إنما ألقاه رغبة عنه لقدرته على حمله؛ ولو ادعى على صاحب الدابة أنه قال: من أخذها فهي له فالقول لصاحبها بيمينه، إلا إذا نكل أو برهن الآخذ فهي له، وإن لم يكن حاضراً حين هذه المقالة وبعد صحة الهبة إذا سمنت الدابة في يده فليس للواهب الرجوع، لأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع اهـ ملخصاً. قوله: (كانت أمانة) جواب قوله: «فإن أشهد الخ». قوله: (مع التمكن منه) أي من الإشهاد؛ أما لو لم يجد من يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد

أو لم يعرّفها ضمن إن أنكر ربها أخذه للرد، وقبل الثاني قوله بيمينه، وبه نأخذ. حاوي. وأقره المصنف وغيره (ولو من الحرم أو قليلة أو كثيرة) فلا فرق بين مكان ومكان ولقطة ولقطة (فينتفع) الرافع

عنده يأخذه منه الظالم فتركه لا يضمن. بحر عن الخانية. قوله: (أو لم يعرّفها) مبني على ما مر من أن الإشهاد لا يكفي عن التعريف. قوله: (إن أنكر ربها) أما لو صدّقه فلا ضمان إجماعاً. بحر. قوله: (وبه نأخذ الخ) وكذا ذكر الطحاوي كما في النهر عن الإتقاني.

قال في البحر: وفي الولوالجية: محل الاختلاف فيما إذا اتفقا على كونه لقطة، لكن اختلفا هل لقطها للمالك أو لا. أما إذا اختلفا في كونه لقطة فقال المالك: أخذتها غصباً وقال الملتقط: لقطة وقد أخذتها لك، فالملتقط ضامن بالإجماع. قوله: (ولو من الحرم) لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «اعرف عفاصها[1]» أي وعاءها، ووكاءها: أي رباطها «وعرفها سنة» وأما قوله عليه الصلاة والسلام في مكة «ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد[2]» فقال في الفتح: لا يعارضه، لأن معناه: لا تحل إلا لمن يعرّف ولا تحل لنفسه، وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا، فلا يفيد التعريف فيسقط. قوله: (ولقطة ولقطة) أي لا فرق بينهما: أي في وجوب أصل التعريف، ليناسب قوله: «إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها» فإنه يقتضي تعريف كل لقطة بما يناسبها، بخلاف ما مر عن ظاهر الرواية من التعريف حولاً لكل. قوله: (فينتفع الرافع) أي من رفعها من الأرض: أي التقطها ولو غنياً، فدل على أنه إنما ينتفع بها بعد الإشهاد والتعريف إلى أن غلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها، والمراد جواز الانتفاع بها والتصدق، وله إمساكها لصاحبها، وفي الخلاصة: له بيعها أيضاً وإمساك ثمنها، ثم إذا جاء ربها ليس له نقض البيع لو بأمر القاضي، وإلا فلو قائمة له إبطاله، وإن هلكت، فإن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ بيعه في ظاهر الرواية، وله دفعها للقاضي فيتصدق بها أو يقرضها من مليء أو يدفعها مضاربة، والظاهر أن له البيع أيضاً. وفي الحاوي القدسي: الدفع إلى القاضي أجود ليفعل الأصلح. وفي المجتبى: التصدق بها في زماننا أولى. وينبغي التفصيل بين من يغلب على الظن ورعه وعدمه. نهر ملخصاً.

تنبيه: ظاهر كلامهم متوناً وشروحاً أن حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لا يتوقف على إذن القاضي، ويخالفه ما في الخانية من أنه لا يحل ذلك للفقير بلا أمره عند عامة

---

(1) أخرجه البخاري ٥/٨١ (٢٤٢٩) ومسلم ٣/١٣٤٦ (١/١٧٢٢).

(2) أخرجه البخاري ١/٢٠٥ (١١٢، ٦٨٨٠) ومسلم ٢/٩٨٩ (٤٤٨/١٣٥٥).

بها لو فقيراً وإلا تصدق بها على فقير ولو على **أصله وفرعه وعرسه، إلا إذا عرف أنها لذمي فإنها توضع في بيت المال**) تاترخانية. وفي القنية: لو رجا وجود المالك وجب الإيصاء (**فإن جاء مالكها**) بعد التصدق (**خير بين إجازة فعله ولو**

العلماء. وقال بشر: يحل اهـ بحر. ومثله في الشرنبلالية عن البرهان؛ نعم في الهداية والعناية جواز الانتفاع للغني بإذن الإمام لأنه مجتهد فيه، ويأتي قريباً عن النهر. وفي النهر: معنى الانتفاع بها صرفها إلى نفسه كما في الفتح، وهذا لا يتحقق ما بقيت في يده لا تملكها كما توهمه في البحر، لأنها باقية على ملك صاحبها ما لم يتصرف فيها حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ما تصير به نصاباً حال عليه الحول تحت يده لا تجب عليه زكاة اهـ.

قلت: مقتضاه أنها لو كانت ثوباً فلبسه لا يملكها مع أنه يصدق عليه أنه صرفها إلى نفسه؛ فمراد البحر التصرف بها على وجه التملك، فلو دراهم يكون بإنفاقها وغيرها بحسبه، فهو احتراز عن التصرف بطريق الإباحة على ملك صاحبها، ولهذا قال: وإنما فسرنا الانتفاع بالتملك لأنه ليس المراد الانتفاع بدونه كالإباحة لهذا ملك بيعها وصرف الثمن إلى نفسه كما في الخانية اهـ. قوله: (**لو فقيراً**) قيد به، لأن الغني لا يحل له الانتفاع بها إلا بطريق القرض، لكن بإذن الإمام. نهر. قوله: (**على فقير**) أي ولو ذمياً لا حربياً كما في شرح السير. قال في النهر: قالوا ولا يجوز على غني ولا على طفله الفقير وعبده، ولو فعل ينبغي أن لا يتردد في ضمانه. قوله: (**وفرعه**) الضمير عائد إلى الغني المفهوم من قوله: «وإلا تصدق بها» فلا بد أن يراد بفرعه الكبير الفقير، لما علمت من أنه لا يجوز على طفل الغني، ولو فقيراً. قوله: (**توضع في بيت المال**) للنوائب. بحر ط. قوله: (**وفي القنية الخ**) عبارتها: وما يتصدق به الملتقط بعد التعريف وغلبة ظنه أنه لا يوجد صاحبه لا يجب إيصاؤه، وإن كان يرجو وجود المالك وجب الإيصاء اهـ. والمراد الإيصاء بضمانها إذا ظهر صاحبها ولم يجز تصدق الملتقط لا الإيصاء بعينها قبل التصدق بها، لكنه مفهوم بالأولى فلذا عمم الشارح. وفي النهر: ثم إذا أمسكها وحضرته الوفاة أوصى بها ثم الورثة يعرفونها. قال في الفتح: ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أنهم يضمنون لأنهم وضعوا أيديهم على اللقطة ولم يشهدوا: أي لم يعرفوا. قال في البحر: وقد يقال: إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط اهـ.

قلت: الظاهر أن كلام الفتح فيما إذا لم يشهد الملتقط ولم يعرفها بناء على ما قدمناه عنه من أن الشرط التعريف قبل هلاكها لا الإشهاد وقت الأخذ، وتقدم ما فيه. قوله: (**بعد التصدق**) أراد به ما يشمل انتفاع الملتقط بها إذا كان فقيراً كما في البحر.

بعد هلاكها) وله ثوابها (أو تضمينه) والظاهر أنه ليس للوصي والأب إجازتها. نهر. وفي الوهبانية: الصبي كبالغ فيضمن إن لم يشهد، ثم لأبيه أو وصيه التصدق وضمانها في مالهما لا مال الصغير (ولو تصدق بأمر القاضي) في الأصح (كما) له أن (يضمن القاضي) أو الإمام (لو فعل ذلك) لأنه تصدق بمال الغير بغير إذنه. ذخيرة (أو) يضمن (المسكين وأيهما ضمن لا يرجع به على صاحبه) ولو العين قائمة أخذها من الفقير (ولا شيء للملتقط) لمال أو بهيمة أو ضال (من الجعل أصلاً) إلا بالشرط، كمن رده فله كذا فله أجر مثله. تاترخانية كإجارة فاسدة.

قوله: (أو تضمينه) فيملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية. قوله: (إجازتها) الأولى إجازته: أي إجازة فعل الملتقط. قوله: (الصبي كبالغ) أي في اشتراط الإشهاد. قال في البحر: وفي القنية: وجد الصبي لقطة ولم يشهد يضمن كالبالغ اهـ.

قلت: والمراد ما يشمل إشهاد وليه أو وصيه. قوله: (ثم لأبيه أو وصيه التصدق) أي بعد الإشهاد والتعريف كما في القنية. قال في البحر: وكذا له تمليكها للصبي لو فقيراً بالأولى. قوله: (وضمانها في مالهما) كذا بحثه في شرح منظومة ابن وهبان للمصنف حيث قال: ينبغي على قول أصحابنا إذا تصدق بها الأب أو الوصي ثم ظهر صاحبها وضمنها أن يكون الضمان في مالهما دون الصبي اهـ.

قلت: قد يؤيد بحثه بما يأتي من أن للملتقط تضمين القاضي. تأمل. وبه يندفع بحث البحر بأن في تصدقهما بها إضراراً بالصغير إذا حضر المالك والعين هالكة من يد الفقير. قوله: (ولو تصدق بأمر القاضي) مرتبط بقوله: «أو تضمينه» لأن أمر القاضي لا يزيد على تصدقه بنفسه. قوله: (وأيهما ضمن لا يرجع به على صاحبه) فإن ضمن الملتقط ملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له. خانية. وبه علم أن الثواب موقوف. بحر. قوله: (أو ضال) الضال: هو الإنسان، والضالة الحيوان الضائع من ذكر أو أنثى، ويقال لغير الحيوان ضائع ولقطة. مصباح. فعلم أن الضالة بالتاء تشمل الإنسان الضائع وغيره من الحيوان، وبدون تاء خاص بالإنسان، وهو المناسب هنا لعطفه على البهيمة. قوله: (أصلاً) أي سواء التقطه من مكان قريب أو بعيد، بخلاف الآبق كما يأتي. وفي كافي الحاكم: وإن عوضه شيئاً فحسن. قوله: (فله أجر مثله) علله في المحيط بأنها إجارة فاسدة.

واعترضه في البحر بأنه لا إجارة أصلاً لعدم من يقبل. وأجاب المقدسي بحمله على أنه قال ذلك لجمع حضر.

(وندب التقاط البهيمة الضالة وتعريفها ما لم يخف ضياعها) فيجب، وكره لو معها ما تدفع به عن نفسها كقرن البقر وكدم الإبل. تاترخانية (ولو) كان الالتقاط (في الصحراء) إن ظن أنها ضالة حاوي (وهو في الإنفاق على اللقيط واللقطة متبرع) لقصور ولايته (إلا إذا قال له قاض أنفق لترجع) فلو لم يذكر

قلت: يؤيده ما في إجارات الولوالجية: ضاع له شيء فقال من دلني عليه فله كذا، فالإجارة باطلة لأن المستأجر له غير معلوم والدلالة ليست بعمل يستحق به الأجر فلا يجب الأجر، وإن خصص بأن قال لرجل بعينه إن دللتني عليه فلك كذا، إن مشى له ودله يجب أجر المثل في المشي، لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة إلا أنه غير مقدر بقدر فيجب أجر المثل، وإن دله بلا مشي فهو والأول سواء اهـ. وبه ظهر أنه هنا إن خصص فالإجارة فاسدة لكون مكان الرد غير مقدر فيجب أجر المثل، وإن عمم فباطلة ولا أجر. فقوله: «كإجارة فاسدة» الأولى ذكره بصيغة التعليل كما فعل في المحيط. قوله: (وندب التقاط البهيمة الخ) وقال الأئمة الثلاثة: إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل، لأن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع، وإذا كان معها ما تدفع به عن نفسها كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم في البعير والفرس يقل ظن ضياعها ولكنه يتوهم.

ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كالشاة، وقوله عليه الصلاة والسلام: «فِي ضَالَّةِ الإِبِلِ، مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ، فَذَرْهَا حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا»[1] أجاب عنه في المبسوط بأنه كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة، وأما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده، ففي أخذها إحياؤها وحفظها فهو أولى، ومقتضاه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط، وهذا حق، فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها، فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ، وتمامه في الفتح. قوله: (وكره الخ) قال في البحر: وبه علم أن التقاط البهيمة على ثلاثة أوجه، لكن ظاهر الهداية أن صورة الكراهة إنما هي عند الشافعي لا عندنا اهـ.

قلت: وهو أيضاً ظاهر ما قدمناه آنفاً عن الفتح. قوله: (وكدم) بفتح الكاف وسكون الدال فعله من باب ضرب وقتل وهو العض بأدنى الفم. قوله: (إن ظن أنها ضالة) أي غلب على ظنه بأن كانت في موضع لم يكن بقربه بيت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب في مراعيها. بحر عن الحاوي. قوله: (إلا إذا قال له قاض الخ) أي بعد

---

(١) أخرجه البخاري ٩١/٥ (٢٤٣٦) ومسلم ١٣٤٨/٣ [٢] (١٧٢٢).

الرجوع لم يكن ديناً في الأصح (أو يصدقه اللقيط بعد بلوغه) كذا في المجمع: أي يصدقه على أن القاضي قال له ذلك لا ما زعمه ابن الملك. نهر. والمديون ربّ اللقطة وأبو اللقيط أو سيده أو هو بعد بلوغه (وإن كان لها نفع آجرها) بإذن الحاكم (وأنفق عليها) منه كالضال، بخلاف الآبق، وسيجيء في بابه (وإن لم يكن باعها) القاضي وحفظ ثمنها، ولو الإنفاق أصلح أمر به لأن ولايته نظرية لا اختيارية، فلو لم يكن ثمة نظر لم ينفذ أمره به. فتح بحثاً.

(وله منعها من ربها ليأخذ النفقة)

إقامة البينة من الملتقط كما شرطه في الأصل وصححه في الهداية، لاحتمال أن يكون غصباً في يده، والبينة لكشف الحال لا للقضاء فلا يشترط لها خصم، وصرح في الظهيرية بأن الملتقط كذلك، وإن قال لا بينة لي يقول له بين يدي ثقات أنفق عليها إن كنت صادقاً، وقدمنا أن القاضي لو جعل ولاء اللقيط للملتقط جاز، لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه فعليه لا يكون متبرعاً بالإنفاق بلا أمر إذا أشهد ليرجع كالوصي. بحر ملخصاً. قوله: (لم يكن ديناً في الأصح) لأن الأمر متردد بين الحسبة والرجوع، فلا يكون ديناً بالشك. بحر. قوله: (لا ما زعمه ابن الملك) من أنه إذا لم يأمره بالإنفاق فادعاه به بلوغه وصدقه اللقيط رجع عليه ح. قوله: (نهر) أصله للبحر. قوله: (والمديون) أي الذي يثبت للملتقط الرجوع عليه بما أنفقه بقول القاضي أنفق لترجع. قوله: (أو سيده) أي إن ظهر له سيد بإقراره. بحر. قوله: (أو هو بعد بلوغه) فلو مات صغيراً يرجع على بيت المال كما في القهستاني عن النظم. قوله: (وإن كان لها نفع) بأن كانت بهيمة يحمل عليها كالحمار والبغل. قوله: (بإذن الحاكم) الذي في الملتقى وغيره أنه يؤجرها القاضي، لكن لا يخفى أن إذنه كفعله. قوله: (منه) أي من بدل الإجارة. قوله: (كالضال) أي العبد الذي ضلّ عن سيده. قوله. (بخلاف الآبق) فإنه لا يؤجره القاضي لأنه يخاف عليه أن يأبق، كذا في التبيين، وسوى بينهما في الهداية بقوله: كذلك يفعل العبد الآبق. بحر. ووفق المقدسي في شرحه بحمل ما في الهداية على ما إذا كان معه علامة تمنع من الإباق كالرابة. ونقل الشرنبلالي عنه وجهاً آخر، وهو حمله على ما إذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه أو على الإيجار مع إعلام المستأجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ اهـ. قال في البحر: ولم أر حكم اللقيط إذا صار مميزاً ولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أو لا؟. قوله: (ولو الإنفاق أصلح الخ) قالوا: إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارّة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة. هداية. قوله: (وله منعها من ربها ليأخذ النفقة) فإن لم يعطه باعها القاضي وأعطى نفقته ورد عليه

فإن هلكت بعد حبسه سقطت، وقبله لا (ولا يدفعها إلى مدعيها) جبراً عليه (بلا بينة فإن بين علامة حل الدفع) بلا جبر (وكذا) يحل (إن صدقه مطلقاً) بين أو لا، وله أخذ كفيل إلا مع البينة في الأصح نتفية.

(التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها في يد غيره فلا خصومة بينهما، بخلاف الوديعة) مجتبى ونوازل، لكن في السراج الصحيح أن له الخصومة لأن يده أحق.

الباقي، ولا فرق بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي فيرجع على صاحبها كما في الحاوي، وقد صرحوا في نفقة الزوجة المستدانة بإذن القاضي أن المرأة تتمكن من الحوالة عليه بغير رضاه، وقياسه هنا كذلك. بحر. قوله: (فإن هلكت بعد حبسه) أي منع الملتقط اللقطة عن صاحبها سقطت النفقة لأنها تصير كالرهن. قال في النهر: ولم يحك المصنف في الكافي تبعاً لصاحب الهداية فيه خلافاً فيفهم أنه المذهب، وجعله القدوري في تقريبه قول زفر. وعند أصحابنا: لا يسقط لو هلك بعده، وعزاه في الينابيع إلى علمائنا الثلاثة اهـ.

قلت: وظاهر الفتح اعتماد ما ذكره القدوري، فإنه قال: إنه المنقول، وكذا نقل في الشرنبلالية عن خط العلامة قاسم أن ما في الهداية ليس بمذهب لأحد من علمائنا الثلاثة، وإنما هو قول زفر ولا يساعده الوجه؛ ثم نقل عن المقدسي أنه يمكن أن يكون عن علمائنا فيه روايتان، أو اختار في الهداية قول زفر فتأمله اهـ. وعلى ما في الهداية جرى في الملتقى والدرر والنقاية وغيرها. قوله: (جبراً عليه) أفاد أن المراد بعدم الدفع عدم لزومه كما في البحر. قوله: (بلا بينة) أراد بها القضاء بها. بحر. قوله: (فإن بين علامة) أي مع المطابقة، ومر في اللقيط أن الإصابة في بعض العلامات لا تكفي وظاهر قول التاترخانية: أصاب في علامات اللقطة كلها أنه شرط، ولم أر ما لو بين كل من المدعيين وأصاب، وينبغي حل الدفع لهما. بحر. قوله: (بين أو لا) لكن هل يجبر؟ قيل نعم كما لو برهن، وقيل لا كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع. ودفع الفرق بأن المالك هنا غير ظاهر والمودع في مسألة الوديعة ظاهر فتح.

تتمة: دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة أنها له، فإن قائمة أخذها، وإن هالكة ضمن أيهما شاء؛ فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد أو الملتقط فكذلك في رواية، وفي أخرى: يرجع وهو الصحيح، لأنه وإن صدقه إلا أنه بالقضاء عليه صار مكذباً شرعاً فبطل إقراره. نهر عن الفتح. قوله: (لأن يده أحق) لعل وجهه كونها أسبق وأن له حق تملكها بعد التعريف لو فقيراً، ويفهم منه بالأولى أنه لو انتزعها من يده آخر له أخذها منه كما قالوا في اللقيط، وهو خلاف ما في الولوالجية حيث سوى بين مسألتي الضياع والانتزاع في أنه لا خصومة له، ولا يخفى أن ما في السراج يشملها.

(عليه ديون ومظالم جهل أربابها وأيس) من عليه ذلك (من معرفتهم فعليه التصدق بقدرها من ماله وإن استغرقت جميع ماله) هذا مذهب أصحابنا لا نعلم بينهم خلافاً، كمن في يده عروض لا يعلم مستحقيها اعتباراً للديون بالأعيان (و) متى فعل ذلك (سقط عنه المطالبة) من أصحاب الديون (في العقبى) مجتبى. وفي العمدة: وجد لقطة وعرّفها ولم يرَ ربها فانتفع بها لفقره ثم أيسر يجب عليه أن يتصدق بمثله.

(مات في البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه إلى أهله. حطب

قوله: (جهل أربابها) يشمل ورثتهم، فلو علمهم لزمه الدفع إليهم لأن الدين صار حقهم. وفي الفصول العلامية: من له على آخر دين فطلبه ولم يعطه فمات رب الدين لم تبق له خصومة في الآخرة عند أكثر المشايخ، لأنها بسبب الدين وقد انتقل إلى الورثة، والمختار أن الخصومة في الظلم بالمنع للميت، وفي الدين للوارث. قال محمد بن الفضل: من تناول مال غيره بغير إذنه ثم ردّ البدل على وارثه بعد موته برئ عن الدين وبقي حق الميت لظلمه إياه، ولا يبرأ عنه إلا بالتوبة والاستغفار والدعاء له اهـ. قوله: (فعليه التصدق بقدرها من ماله) أي الخاص به أو المتحصل من المظالم اهـ ط. وهذا إن كان له مال. وفي الفصول العلامية: لو لم يقدر على الأداء لفقره أو لنسيانه أو لعدم قدرته، قال شداد والناطفي رحمهما الله تعالى: لا يؤاخذ به في الآخرة إذا كان الدين ثمن متاع أو قرضاً، وإن كان غصباً يؤاخذ به في الآخرة، وإن نسي غصبه، وإن علم الوارث دين مورثه والدين غصب أو غيره فعليه أن يقضيه من التركة، وإن لم يقض فهو مؤاخذ به في الآخرة، وإن لم يجد المديون ولا وارثه صاحب الدين ولا وارثه فتصدق المديون أو وارثه عن صاحب الدين برئ في الآخرة.

مطلب فيمن عليه ديون ومظالم جهل أربابها

قوله: (كمن في يده عروض لا يعلم مستحقيها) يشمل ما إذا كانت لقطة علم حكمها، وإن كانت غيرها فالظاهر وجوب التصدق بأعيانها أيضاً. قوله: (سقط عنه المطالبة الخ) كأنه والله تعالى أعلم لأنه بمنزلة المال الضائع والفقراء مصرفه عند جهل أربابه، وبالتوبة يسقط إثم الإقدام على الظلم ط. قوله: (يجب عليه أن يتصدق بمثله) المختار أنه لا يلزمه ذلك في الهندواني عن الظهيرية، وكذا في البحر والنهر عن الولوالجية.

مطلب فيمن مات في سفره فباع رفيقه متاعه

قوله: (جاز لرفيقه الخ) الظاهر أنه احتراز عن الأجنبي، إذ الرفيق في السفر مأذون بذلك دلالة، كما قالوا في جواز إحرامه عن رفيقه إذا أغمي عليه، وكذا إنفاقه عليه. وهذه

وجد في الماء، إن له قيمة فلقطة، وإلا فحلال لآخذه) كسائر المباحات الأصلية درر. وفي الحاوي: غريب مات في بيت إنسان ولم يعرف وارثه فتركته كلقطة، ما لم يكن كثيراً فلبيت المال بعد الفحص عن ورثته سنين، فإن لم يجدهم فله لو مصرفاً.

(حضنة) أي برج (حمام اختلط بها أهلي لغيره لا ينبغي له أن يأخذه، وإن

المسألة وقت الإمام محمد رحمه الله تعالى في سفره، مات بعض أصحابه فباع كتبه وأمتعته، فقيل له: كيف تفعل ذلك ولست بقاض، فقال: ﴿والله يعلم المفسد من المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٠] يعني أن ذلك من المصلح المأذون فيه عادة، فإنه لو حمل متاعه إلى أهله يحتاج إلى نفقة ربما استغرقت المتاع، لكن للورثة الخيار. ففي أدب الأوصياء عن المحيط عن المنتقى: مات في السفر فباع رفقاؤه تركته وهم في موضع ليس فيه قاض، قال محمد: جاز بيعهم وللمشتري الانتفاع بما اشتراه منهم، ثم إن جاء الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجده من المتاع وضمن ما لم يجده، كاللقطة إذا جاء صاحبها يأخذها، وإن لم يجد فله أن يضمن الذي أصابها وله أن يجيز التصدق اهـ.

مطلب فيمن وجد حطباً في نهر أو وجد جوزاً أو كمثرى

قوله: (إن له قيمة فلقطة) وقيل إنه كالتفاح الذي يجده في الماء، وذكر في شرح الوهبانية تفصيلاً وهو أن ما لا يسرع إليه الفساد ولا يرغب فيه كحطب وخشب فهو لقطة إن كانت له قيمة ولو جمعه من أماكن متفرقة في الصحيح، فما لو وجد جوزة ثم أخرى وهكذا حتى بلغ ماله قيمة، بخلاف تفاح أو كمثرى في نهر جار فإنه يجوز أخذه وإن كثر لأنه مما يفسد لو ترك، وبخلاف النوى إذا وجد متفرقاً وله قيمة فيجوز أخذه لأنه مما يرمى عادة فيصير بمنزلة المباح، ولا كذلك الجوز، حتى لو تركه صاحبه تحت الأشجار فهو بمنزلته. قوله: (ما لم يكن كثيراً) ذكر الشيخ علي تأويل المتن بحثاً، والظاهر أن المراد بالكثير ما زاد على خمسة دراهم لما في البحر عن الخلاصة والولوالجية: مات غريب في دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فله أن يتصدق على نفسه إن كان فقيراً كاللقطة. وفي الخانية: ليس له ذلك لأنه ليس كاللقطة. قال في البحر: والأول أشبه، وصرح به في المحيط. قوله: (فإن لم يجدهم فله لو مصرفاً) هذا ذكره في النهر بحثاً زائداً على ما نقله في البحر عن الحاوي القدسي، وبه رجع الحموي فلم يحفظ فيه نصاً. قوله: (حضنة) بالحاء المهملة والضاد المعجمة في المصباح: حضن الطائر بيضه إذا جثم عليه. قوله: (أي برج) في المصباح: برج الحمام مأواه. قوله: (اختلط بها أهلي لغيره) المراد بالأهلي ما كان مملوكاً. قوله: (لا ينبغي له أن يأخذه) لأنه ربما يغير

أخذه طلب صاحبه ليرده عليه) لأنه كاللقطة (فإن فرخ عنده، فإن) كانت (الأم غريبة لا يتعرض لفرخها) لأنه ملك الغير (وإن الأم لصاحب المحضنة والغريب ذكر فالفرخ له) وإن لم يعلم أن يرجه غرباً لا شيء عليه إن شاء الله.

قلت: وإذا لم يملك الفرخ، فإن فقيراً أكله، وإن غنياً تصدق به ثم اشتراه، وهكذا كان يفعل الإمام الحلواني ظهيرية. وفي الوهبانية: مرّ بثمار تحت أشجار في غير أمصار لا بأس بالتناول ما لم يعلم النهي صريحاً أو دلالة، وعليه الاعتماد. [الطويل]

وفيها:

أَخْذُكَ تُفَّاحاً مِنَ النَّهْرِ جَارِياً ... يجوزُ وَكُمَّثْرَى وَفِي الجُوزِ يُنْكَرُ

فيذهب إلى محله الأصلي، فلا ينافي ما مر أن اللقطة يندب أخذها. أفاده ط. قوله: (لأنه ملك الغير) لأن ولد الحيوان يتبع أمه. قوله: (وإذا لم يملك الفرخ) أي ولم يعلم مالكه. قوله: (وفي الوهبانية الخ) نقل بالمعنى، وترك ما في الوهبانية قيد كون الثمار مما لا يبقى، وكون ذلك في بستان احتراز عن القرى والسواد.

وحاصل ما في شرحها عن الخانية وغيرها أن الثمار إذا كانت ساقطة تحت الأشجار، فلو في المصر لا يأخذ شيئاً منها ما لم يعلم أن صاحبها أباح ذلك نصاً أو دلالة، لأنه في المصر لا يكون مباحاً عادة، وإن كان في البستان، فلو الثمار مما يبقى ولا يفسد كالجوز واللوز لا يأخذه ما لم يعلم الإذن، ولو مما لا يبقى، قيل كذلك، والمعتمد أنه لا بأس به إذا لم يعلم النهي صريحاً أو دلالة أو عادة، وإن كان في السواد والقرى، فلو الثمار مما يبقى لا يأخذ ما لم يعلم الإذن ولو مما لا يبقى اتفقوا على أن له الأخذ ما لم يعلم النهي، ولو كان الثمر على الشجر فالأفضل أن لا يؤخذ ما لم يؤذن له، إلا في موضع كثير الثمار يعلم أنهم لا يشحون بمثل ذلك فله الأكل دون الحمل. قوله: (وفي الجوز ينكر) لأنه مما يبقى ولا يرمى عادة، بخلاف التفاح والكمثرى، لأنه لو ترك يفسد، وبخلاف النوى؛ لأنه مما يرمى كما مر بيانه في مسألة الحطب.

مَطْلَبٌ: أَلْقَى شَيْئاً وَقَالَ مَنْ أَخَذَهُ فَهُوَ لَهُ

فروع: ألقى شيئاً وقال من أخذه فهو له، فلمن سمعه أو بلغه ذلك القول أن يأخذه، وإلا لم يملكه لأنه أخذه إعانة لمالكه ليرده عليه، بخلاف الأول لأنه أخذه على وجه الهبة وقد تمت بالقبض. ولا يقال: إنه إيجاب لمجهول فلا يصح هبة. لأنا نقول: هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة والملك يثبت عند الأخذ. وعنده هو متعين

معلوم، أصله: «أنه عليه الصلاة والسلام قرّب بدنات ثم قال: من شاء اقتطع»[1].

مَطْلَبٌ: لَهُ الأَخْذُ مِنْ نِثَارِ السُّكَّرِ فِي العُرْسِ

ويقرّره أن مجرد الإلقاء من غير كلام يفيد هذا الحكم، كمن ينثر السكر والدراهم في العرس وغيره، فمن أخذ شيئاً ملكه، لأن الحال دليل على الإذن، وعلى هذا لو وضع الماء والجمد على بابه يباح الشرب منه لمن مرّ به من غني أو فقير، وكذا إذا غرس شجرة في موضع لا ملك فيه لأحد وأباح للناس ثمارها. وكل ذلك مأخوذ من الحديث اهـ. ملخصاً من شرح السير الكبير.

مَطْلَبٌ: مَنْ وَجَدَ دَرَاهِمَ فِي الجِدَارِ أَوِ اسْتَيْقَظَ وَفِي يَدِهِ صُرَّةٌ

وفي التتارخانية عن الينابيع: اشترى داراً فوجد في بعض الجدار دراهم. قال أبو بكر: إنها كاللقطة. قال الفقيه: وإن ادعاه البائع ردّ عليه، وإن قال: ليست لي فهي لقطة اهـ.

وفيها سأل رجل عطاء رحمه الله تعالى عمن بات في المسجد فاستيقظ وفي يده صرة دنانير؟ قال: إن الذي صرّها في يدك لا يريد إلا أن يجعلها لك. وفي البحر: وجد في البادية بعيراً مذبوحاً قريب الماء لا بأس بالأكل منه إن وقع في قلبه أن مالكه أباحه.

مَطْلَبٌ: أَخْذُ صُوفِ مَيْتَةٍ أَوْ جِلْدِهَا

وعن الثاني: طرح ميتة فأخذ آخر صوفها له الانتفاع به، وللمالك أخذه منه، ولو سلخ الجلد ودبغه فللمالك أن يأخذه ويردّ عليه ما زاد الدبغ فيه. وفي الخانية: وضعت ملاءتها ووضعت الأخرى ملاءتها ثم أخذت الأولى ملاءة الثانية لا ينبغي للثانية الانتفاع بملاءة الأولى، فإن أرادت ذلك قالوا: ينبغي أن تتصدق بها على بنتها الفقيرة بنية كون الثواب لصاحبتها إن رضيت، ثم تستوهب الملاءة من البنت لأنها بمنزلة اللقطة.

مَطْلَبٌ: سُرِقَ مُكَعَّبُهُ وَوَجَدَ مِثْلَهُ أَوْ دُونَهُ

وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق اهـ. وقيده بعضهم بأن يكون المكعب الثاني كالأول أو أجود، فلو دونه له الانتفاع به بدون هذا التكلف، لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضا بالانتفاع به. كذا في الظهيرية وفيه مخالفة للقطة من جهة جواز التصدق قبل التعريف وكأنه للضرورة اهـ. ملخصاً.

قلت: ما ذكر من التفصيل بين الأدون وغيره إنما يظهر في المكعب المسروق، وعليه لا يحتاج إلى تعريف، لأن صاحب الأدون معرض عنه قصداً، فهو بمنزلة الداة

(١) أخرجه أحمد ٤/٣٥٠ والحاكم ٤/٢٢١.

كتاب الآبق

ومناسبته عرضية التلف والزوال. والإباق انطلاق الرقيق تمرداً، كذا عرفه ابن الكمال ليدخل الهارب من مؤجره ومستعيره

المهروثة التي تركها صاحبها عمداً بل بمنزلة إلقاء النوى وقشور الرمان. أما لو أخذ مكعب غيره وترك مكعبه غلطاً لظلمة أو نحوها ويعلم ذلك بالقرائن فهو في حكم اللقطة لا بد من السؤال عن صاحبه بلا فرق بين أجود وأدون، وكذا لو اشتبه كونه غلطاً أو عمداً لعدم دليل الإعراض، هذا ما ظهر لي فتأمله.

فائدة[1]: ذكر ابن حجر في حاشية الإيضاح عن بعض الصوفية قدس الله تعالى أسرارهم ما نصه: إذا ضاع منك شيء فقل: يا جامع الناس ليوم لا ريب فيه إن الله لا يخلف الميعاد، اجمع بيني وبين كذا، ويسميه باسمه، فإنه مجرب. قال النووي: وقد جربته فوجدته نافعاً لوجود الضالة عن قرب غالباً. ونقل عن بعض مشايخه مثل ذلك اهـ. والله سبحانه أعلم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الآبق

اسم فاعل، من أبق كضرب وسمع ومنع: قاموس، والأكثر الأول. مصباح، ومصدره أبق محركة، وإباق ككتاب وجمعه ككفار وركع. قاموس. قوله: (ومناسبته) أي مناسبة الآبق للقيط واللقطة (عرضية التلف) أي الهلاك والزوال أي زوال يد المالك: أي موقع عروض الأمرين أو أحدهما في الثلاثة وهو وجه ذكرها عقب الجهاد، فإن الأنفس والأموال فيه على شرف الزوال كما مر.

واعترض في الفتح بأن عرضية ذلك في الآبق بفعل فاعل مختار، فالأولى ذكره عقب الجهاد. وأجاب في البحر بأن خوف التلف من حيث الذات في اللقيط أكثر من اللقطة فذكرا عقبه، وأما التلف في الآبق فمن حيث الانتفاع بالمولى لا من حيث الذات لأنه لو تم بعده عن مولاه لا يموت، بخلاف اللقيط فإنه لصغره إن لم يرفع يموت فالأنسب ترتيب المصنف. قوله: (والإباق انطلاق الرقيق تمرداً) وهو في اللغة: الهرب كما في المغرب. والتمرد: الخروج عن الطاعة احترز به عن الضال وهو المملوك الذي ضل عن الطريق إلى منزل سيده بلا قصد. قوله: (من مؤجره) بفتح الجيم ح.

---

(1) [illegible] بما ضاع له أي وأراد أن يرده الله سبحانه عليه، فليقف على مكان عال مستقبل القبلة ويقرأ الفاتحة ويهدي ثوابها للنبي ﷺ ثم يهدي ثواب ذلك لسيدي أحمد بن علوان ويقول: يا سيدي أحمد يا ابن علوان إن لم ترد علي ضالتي وإلا نزعتك من ديوان الأولياء، فإن الله تعالى يرد على من قال ذلك ضالته ببركته. أجهوري مع زيادة.

ومودعه ووصيه.

(أخذه فرض إن خاف ضياعه، ويحرم) أخذه (لنفسه، ويندب) أخذه (إن قوي عليه) وإلا فلا ندب لما في البدائع: حكم أخذه كلقطة (فإن ادعاه آخر دفعه إليه إن برهن واستوثق) منه (بكفيل) إن شاء لجواز أن يدعيه آخر (ويحلفه) الحاكم أيضاً بالله

أي مستأجره، ولو عبر لكان أولى ط. قوله: (ومودعه) بفتح الدال اهـ ح. قوله: (ووصيه) أي الوصي عليه بأن مات سيده عن أولاد صغار وأقام هو أو القاضي عليهم وصياً، فإن العبد يكون داخلاً تحت وصايته. قوله: (أخذه فرض إن خاف ضياعه) أي إن غلب على ظنه ذلك، وهذا ذكره في البحر أخذاً من عبارة البدائع، ويأتي ما فيه. وذكر في الفتح بحثاً تبعه المصنف. قوله: (ويندب أخذه إن قوي عليه) عبارة كافي الحاكم: وإذا وجد عبداً آبقاً وهو قوي على أخذه قال: يسعه تركه، وأحب إليّ أن يأخذه فيرده على صاحبه اهـ. ومفهومه أن قيد القوة على أخذه تأكيد لإفادة جواز الترك وأنه لا يجب أخذه بل يندب، فهو في الحقيقة لدفع توهم الوجوب عند القوة عليه. وبه اندفع ما أورد على المصنف من أن هذا الشرط لا يختص ما نحن فيه بل هو عام في سائر التكاليف. على أن كون القدرة شرطاً عاماً لا يوجب عدم ذكرها في معرض بيان الأحكام. قال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] ولم يصرح باشتراط عدم خوف ضياعه لعلمه من قوله: «فرض إن خاف ضياعه» فافهم. قوله: (لما في البدائع الخ) تعليل لقوله: «أخذه فرض إن خاف ضياعه الخ» وقد تبع في ذلك البحر.

واعترضه في النهر بأنه تقدم عن البدائع أن القول بفرضية أخذ اللقطة عند خوف الضياع قول الشافعي، فقول البدائع هنا: إن حكم أخذ الآبق كحكم اللقطة لا يدل على فرضية أخذه عندنا؛ نعم في الفتح: يمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه، وإلا فلا اهـ.

قلت: لكن تقدم أن ما نسبه في البدائع إلى الشافعي مذهبنا، فقوله هنا: «حكمه كحكم اللقطة» يفيد أنه إذا كان أخذها واجباً يكون أخذه مثلها، وقد صرح في غير البدائع بأن أخذها واجب فأخذ الآبق كذلك، فليتأمل. قوله: (واستوثق منه بكفيل إن شاء) قال في الفتح: ثم إذا دفعه إليه عن بينة ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان اهـ. وظاهره أن ذلك في حق القاضي، وهو صريح ما في كافي الحاكم. قال ط: وذكر العلامة نوح: قيل رواية عدم أخذ الكفيل أصح لأنه لما أقام البينة أنه له حرم تأخيره لأن الدفع في هذه الصورة واجب اهـ.

قلت: لكن في التاترخانية أن رواية الأخذ أحوط. قوله: (أيضاً) أي مع الاستيثاق

ما أخرجه عن ملكه بوجه (وإن لم يبرهن) عطف على إن برهن (وأقر) العبد (أنه عبده أو ذكر) المولى (علامته وحليته دفع إليه بكفيل، فإن أنكر المولى إباقه) غاية جعله (حلف) إلا أن يبرهن على إباقه أو على إقرار المولى بذلك. زيلعي (فإن طالت المدة) أي مدة مجيء المولى (باعه القاضي ولو علم مكانه) لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة (وحفظ ثمنه لصاحبه و) أمسك من ثمنه ما (أنفق منه، وإن جاء) المولى (بعده وبرهن) أو علم (دفع باقي الثمن إليه، ولا يملك) المولى (نقض بيعه) أي بيع القاضي لأنه بأمر الشرع كحكمه لا ينقض.

قلت: لكن رأيت في معروضات المرحوم أبي السعود مفتي الروم أنه

منه بكفيل. قوله: (بوجه) كبيع أو هبة بنفسه أو بوكيله. قوله: (دفع إليه بكفيل) أخذ الكفيل هنا رواية واحدة كما في الفتح. قال في التاترخانية: ولم يذكر في الكتاب أن القاضي يتخير في الدفع إليه أو يجب عليه الدفع، وقد اختلف المشايخ فيه اهـ.

قلت: ينبغي وجوب الدفع في صورة إقرار العبد وعدمه في صورة ذكر العلامة. تأمل. قوله: (غاية جعله) أي أخذ جعله. قوله: (بذلك) أي بإباقه. قوله: (فإن طالت المدة) سيأتي أن القاضي يحبس الآبق تعزيراً. وفي التاترخانية يحبسه إلى أن يجيء طالبه، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير وينفق عليه في مدة الحبس من بيت المال. ثم قال: فإن لم يجيء له طالب وطال ذلك باعه بعد ما حبسه ستة أشهر ويدفع الثمن إلى صاحبه إذا وصف حليته وعلامته اهـ. وجواز بيعه ظاهر على أنه لا يزجره خوف إباقه كما مر في اللقطة ويأتي. قوله: (ولو علم مكانه) في الحواشي اليعقوبية ينبغي أن يكون هذا إذا تعذر إيصاله إلى مالكه وخيف تلفه. وقد ذكر في القنية أن مال الغائب لا يباع إذا علم مكان الغائب لإمكان إيصاله اهـ. نهر.

قلت: قد يكون إيصاله إلى مالكه موجباً لكثرة النفقة فيتضرر مالكه، وقد لا يمكن معه أخذ ما أنفقه عليه القاضي. قوله: (وأمسك من ثمنه ما أنفق منه) الضمير في (منه) للقاضي، والمراد ما أنفقه من بيت المال: أي يمسك قدر ما أنفق ليرده إلى بيت المال. قوله: (أو علم) بتشديد اللام: أي وصف علامته. وفي المصباح: علمت له علامة بالتشديد وضعت له أمارة يعرفها. قوله: (دفع باقي الثمن إليه) نقل في التاترخانية عن التهذيب أنه لا يدفع إليه الثمن إلا بالبينة ولا يكتفي بالحلية. ونقل عن الكافي أنه يجوز أن يكتفي بها.

قلت: يمكن التوفيق بأن الأول في وجوب الدفع والثاني في جوازه. قوله: (عن

صدر أمر سلطاني بمنع القضاة عن إعطاء الإذن ببيع عبيد العسكرية، وحينئذ فلا يصح بيع عبيد السباهية فلهم أخذها من مشتريها ويرجع المشتري بثمنه على البائع. وأما عبيد الرعايا فكذلك إذا كان بغبن فاحش، وإلا فللرعايا الثمن، وبذلك ورد الأمر أيضاً. انتهى بالمعنى فليحفظ فإنه مهم (ولو زعم) المولى (تدبيره أو كتابته) أو استيلادها (لم يصدق في نقضه) إلا أن يكون عنده ولد منها أو يبرهن على ذلك. نهر.

(واختلف في الضالّ) قيل أخذه أفضل، وقيل تركه؛ ولو عرف بيته فإيصاله إليه أولى.

(أبق عبد فجاء به رجل وقال لم أجد معه شيئاً) من المال (صدق) ولا شيء

إعطاء (الإذن) أي لواجد الآبق. قوله: (فحينئذ فلا يصح الخ) لأنه لا يصح بيعه بلا إذن القاضي، وحيث كان القاضي ممنوعاً من إعطاء الإذن لا يصح إذنه لأنه يستفيد الولاية من السلطان، ولكن هذا المنع السلطاني لا يبقى بعد موت السلطان المانع على ما أفاده الخير الرملي في فتاواه. تأمل. قوله: (فكذلك) أي لا يصح بيع القاضي لأن تصرفه منوط بالمصلحة وخصوصاً بعد ورود الأمر له بذلك. قوله: (لم يصدق في نقضه) أي لم يصدق في زعمه المذكور في حق نقض البيع، وإلا فهو مؤاخذ بإقراره على نفسه. قوله: (إلا أن يكون عنده ولد منها) أي ولد ولدته في ملكه فيدعي أنه ولده منها فيصدق عليه ويثبت النسب ويفسخ البيع اهـ. كافي الحاكم الشهيد. قوله: (أو يبرهن على ذلك) أي على ما زعمه من التدبير ونحوه. وأفاد أن ما ذكره المصنف محمول على ما إذا كان مجرد دعوى بلا برهان.

وبه اندفع ما في البحر من اللقطة من أن عدم تصديقه مشكل، لأنه: أي المالك لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبرهن قبل برهانه، لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع اهـ. قال في النهر: فيحمل على ما إذا لم يبرهن اهـ. وبه أجاب المقدسي أيضاً. قوله: (واختلف في الضال) الأولى للمصنف ذكر هذا بعد قوله: «ويندب إن قوي عليه» لئلا يوهم أن الاختلاف في نقض البيع. قوله: (قيل الخ) وعليه فهو مما خالف فيه الآبق، ويخالفه أيضاً في أنه لا جعل لرادّه، وأنه لا يحبس، وأنه يؤجره وينفق عليه من أجرته كاللقطة كما في البحر وسيأتي. قوله: (ولو عرف بيته الخ) يشير إلى أن محل الاختلاف ما إذا لم يعلم الواجد مولاه ولا مكانه. قال في الفتح: أما إذا علم فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده. قوله: (صدق) أي

عليه (ولمن رده) خبر لقوله الآتي أربعون درهماً (إليه من مدة سفر) فأكثر (وهو) أي والحال أن الراد ولو صبياً أو عبداً لكن الجعل لمولاه (ممن يستحق الجعل) قيد به لأنه لا جعل لسلطان وشحنة وخفير ووصي يتيم وعائله ومن استعان به كإن وجدته فخذه فقال نعم أو كان في عياله

بيمينه كافي. قوله: (من مدة سفر) الظاهر أن المعتبر في هذه المسافة ما بين مكان الأخذ ومكان سيد العبد، سواء أبق من مكان سيده أو غيره، كما يشعر به قول الهداية: ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فقد اعتبر مكان الرد ومكان المولى، وعليه فلو خرج في حاجة لمولاه مسافة يومين ثم أبق منها مسافة يوم فأخذه رجل ورده على مولاه فله أربعون درهماً اعتباراً لمكان المولى. والظاهر أيضاً كما أفاده ط أن المعتبر في مكان المولى المكان الذي يحصل فيه الرد عليه، حتى لو لحقه المولى وقد سار يوماً فلقيه الواجد بعد ما سار يومين فله جعل اليومين فقط. قوله: (ولو صبياً أو عبداً الخ) جملة معترضة بين اسم الابتداء وخبرها، وهو قوله: «لمن يستحق الجعل» ودخل في هذا التعميم ما إذا تعدد الراد كاثنين، فيشتركان في الأربعين إذا رداه إلى مولاه، وما إذا رده بنفسه أو بنائبه، كما إذا دفعه إلى رجل وأمره أن يأتي به إلى مولاه وأن يأخذ منه الجعل، وما إذا اغتصبه منه رجل وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء الآخذ وبرهن أنه أخذه من مسيرة سفر فله الجعل، ويرجع المولى على الغاصب بما دفعه إليه لأنه أخذه بغير حق. قوله: (ممن يستحق الجعل) بأن لم يكن ممن يعمل متبرعاً، بخلاف المتبرع إما لوجوب ذلك العمل عليه كالسلطان أو أحد نوابه، أو لكونه يحفظ مال سيد العبد كوصي اليتيم وعائله أو لكونه ممن جرت العادة برده عليه تبرعاً، إما لاستعانة به لأنه ممن في عياله، أو لزوجية أو بنوة أو شركة. قوله: (وشحنة) هو حافظ المدينة اهـ ح. قوله: (وخفير) هو بمعنى المخاصد: أي من يعاهدك على النصرة، ولعل المراد به من ينصبه الحاكم في الطريق لدفع القطاع عن المسافرين. ثم رأيت نقلاً عن الحموي أن المراد به هنا الحارس. قوله: (وعائله) أي من يعول اليتيم ويربيه في حجره حلا وصاية. قوله: (فقال نعم) كذا شرطه في التاتارخانية معللاً بأنه قد وعد له الإعانة. بحر. قال المقدسي: والظاهر أنه ليس بشرط لأن الظاهر منه التبرع بالعمل حيث لم يشترط عليه جعلاً اهـ.

قلت: وفيه نظر، فإن عدم شرط الجعل لا يدل على التبرع، وإلا لزم شرطه في كل المواضع، بخلاف ما إذا استعان به ووعده الإعانة فإن إجابته بالقول لما طلب دليل التبرع. تأمل. قوله: (أو كان في عياله) عطف على استعان، وشمل أحد الأبوين إذا

وابن أحد الزوجين مطلقاً. زيلعي. وشريك. تنف. ووهبانية والولوالجية. فالمستثنى أحد عشر (أربعون درهماً) فبطل صلحه فيما زاد عليها (ولو بلا شرط)

ردّ عبد لابن فلا جعل له إذا كان في عيال الابن كحكم بقية المحارم، كما في الهداية وشروحها. كغاية البيان والمعراج والفتح والعناية. وكذا في البزازية والجوهرة والقهستاني والنهر، على خلاف ما في البحر والمنح، حيث سوى بين الأبوين والابن، ومثله في الحاوي القدسي، إذا كان الراد في عيال مالك الغلام لا جعل له، وإلا فله الجعل سواء كان أجنبياً أو ذا رحم محرم إلا الوالدين والمولودين. قوله: (وابن) عطف على سلطان ح. قوله: (مطلقاً) أي سواء كان الابن في عيال الأب وأحد الزوجين في عيال الآخر أو لا. قال الزيلعي: لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الأب مستحقة على الابن فلا تقابل بالأجر، وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر اهـ ح. قوله: (وشريك) لأن عمله يكون في حصته وحصة شريكه بلا تمييز فلا أجر له، كمن استأجر شريكه على حمل الحمل المشترك بينهم، لا يستحق أجراً. ومنه ما في الولوالجية: لو جاء به وارث الميت، إن أخذه وسار به ثلاثة أيام وسلمه في حياة المولى يستحق الجعل إن لم يكن في عياله، وإن سلمه بعد موته وليس ولد المولى ولا في عياله وكان معه وارث آخر، قال محمد: له الجعل في حصة شركائه. وقال أبو يوسف: لا. وقيل قول أبي حنيفة كقول محمد اهـ. ملخصاً.

قلت: ولعل وجه الخلاف أنه إن نظر إلى أن العمل الموجب للجعل وهو سير ثلاثة أيام حصل في حياة المولى قبل أن يصير الراد شريكاً وجب الجعل، وإن نظر إلى أن الاستحقاق بالتسليم وهو لم يحصل إلا بعد الموت والاشتراك لم يجب الجعل، ويؤيد الثاني عدم استحقاق الجعل في موت مولى أم الولد والمدبر كما يأتي قريباً. تأمل. قوله: (ووهبانية) كذا في بعض النسخ. والذي رأيته في عدة نسخ «ورهبانه» وهكذا رأيته معزواً إلى نسخة الشارح وهو الصواب، لأن الشارح عزاه للولوالجية، والذي رأيته فيها: ورهبان وشحنة، وهكذا رأيته في التجنيس: والظاهر أنه في عرفهم اسم لنوع ممن يرهب منه من أهل الولايات بقرينة ذكره مع الشحنة، وحينئذ يتم قول الشارح فالمستثنى أحد عشر، فإن به يتم العدد، فافهم. قوله: (أربعون درهماً) بوزن سبعة مثاقيل. فتح. وإن أنفق أضعافها بغير أمر القاضي كافي الحاكم. أما لو أنفق بأمره فإن له الأربعين مع جميع ما أنفق فلا يستحق الأربعين فقط، إلا إذا كان إنفاقه بغير أمر القاضي، وبه سقط اعتراضه في الدر المنتقى على شارح الوهبانية بأن تعبيره بلفظ مع من سبق القلم. قوله: (فبطل صلحه فيما زاد عليها) لأنه زيادة على ما ثبت بالنص كما بطل صلح القاتل فيما زاد على الدية. قال في البحر: بخلاف الصلح على الأقل لأنه

استحساناً. ولو ردّ أمة ولها ولد يعقل الإباق فجعلان. نهر بحثاً (وإن لم يعدلها) عند الثاني لثبوته بالنص فلذا عوّل عليه أرباب المتون (إن أشهد أنه أخذه ليرده)

حط منه. قوله: (استحساناً) والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط، كما إذا ردّ بهيمة ضالة أو عبداً ضالاً. وجه الاستحسان أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا على أصل الجعل. واختلفوا في مقداره، فأوجبنا الأربعين في مدة السفر وما دونها فيما دونه جمعاً بين الروايتين. نهر. قوله: (ولو رد أمة الخ) اعلم أنه في كافي الحاكم عمم أولاً في وجوب الجعل في ردّ الآبق فقال بالغاً أو غير بالغ، ثم قال: وإذا أبقت الأمة ولها صبيّ رضيع فردها رجل كان له جعل واحد، فإن كان ابنها غلاماً قد قارب الحلم فله الجعل ثمانون درهماً اهـ. قال في الفتح: لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقاً اهـ. ومقتضاه أن المراد بقوله: «أو غير بالغ» هو المراهق. ووفق في البحر بين عبارتي الكافي بأن الولد إن كان مع أحد أبويه اشترط كونه مراهقاً. أي اشترط ذلك لوجوب جعل آخر لرد الولد، وإن لم يكن مع أحدهما لا يشترط أن يكون مراهقاً، لكن يشترط عقله لقول التاترخانية: وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان يعقل الإباق، وإلا فهو ضالّ لا يستحق به الجعل اهـ. ووفق في النهر بأن قوله: «قد قارب الحلم» غير قيد، لقول شارح الوهبانية: اتفق الأصحاب أن الصغير الذي يجب الجعل برده في قول محمد هو الذي يعقل الإباق.

وحاصله أنه لا يشترط كونه مراهقاً في وجوب الجعل برده سواء كان مع أحد أبويه أو وحده، بل الشرط أن يعقل الإباق، فبحث النهر إنما هو تقييد الولد في مسألة الكافي بكونه يعقل الإباق إشارة إلى أنه المراد من قوله: «قد قارب الحلم». قوله: (لثبوته بالنص) فلا يحط منه لنقصان القيمة، كصدقة الفطر لا يحط منها لو كانت قيمة الرأس أنقص من صدقة الفطر. قاله العيني. وقال محمد: يقضي بقيمته إلا درهماً، لأن المقصود إحياء مال المالك فلا بد أن يسلم له شيء تحقيقاً للفائدة. وذكر صاحب البدائع والإسبيجابي الإمام مع محمد فكان هو المذهب. بحر. والذي عليه المتون مذهب أبي يوسف كما لا يخفى، فينبغي أن يعوّل عليه لموافقته للنص والله تعالى أعلم منح ط. قوله: (إن أشهد الخ) شرط لاستحقاق الجعل المذكور، وهذا عند التمكن من الإشهاد، وإلا فلا يشترط، والقول قوله في أنه لم يتمكن منه كما صرح به في التاترخانية. بحر. وفي الكافي: أخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لأنه لم يأخذه ليرده، وكذلك الهبة والوصية والميراث، وإن أشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه ليرده على صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل اهـ. ويكون متبرعاً بالثمن.

وإلا لا شيء له (و) أراد (من أقل منها بقسطه، وقيل يرضخ له برأي الحاكم) أو يقدر باصطلاحهما (به يفتى) تاترخانية بحر (ولو من المصر) فيرضخ له أو بقسطه كما مر.

(وأم ولد ومدبر) ومأذون (كقن) في الجعل.

(وإن مات المولى قبل وصوله) أي الآبق (وهو مدبر أو أم ولد فلا جعل له) لعتقهما بموته (وإن أبق منه بعد إشهاده) المتقدم (لم يضمن) لأنه أمانة، حتى لو استعمله في حاجة نفسه ثم إنه أبق ضمن. ابن ملك عن القنية. وفي الوهبانية: لو أنكر المولى إباقه قبل قوله بيمينه ويلزم مريد الرد قيمته ما لم يبين إباقه (وضمن لو) أبق أو مات (قبله) مع تمكنه منه لأنه غاصب (ولا جعل له في الوجهين) خلافاً للثاني في الثاني، لأن الإشهاد عنده ليس شرطاً فيه وفي اللقطة (ولا جعل برد مكاتب) لحريته يداً.

نهر. قوله: (بقسطه) أي بأن تقسم الأربعون على الأيام لكل يوم ثلاثة عشر وثلث. نهر. قوله: (يرضخ له) يقال رضخ له كمنع وضرب أعطاه عطاء غير كثير قاموس، واعتبار رأي الحاكم عند عدم الاصطلاح على شيء ط. قوله: (به يفتى) أي بالرضخ برأي الحاكم. قوله: (ولو من المصر) تعميم لقوله «ومن أقل» وعنه أنه لا شيء له. قهستاني عن المضمرات. لكن الأول هو المذكور في الأصل وهو الصحيح. بحر. قوله. (كقن في الجعل) أي في وجوبه، وهذا إذا رد المدبر وأم الولد في حياة المولى كما أفاده ما بعده. قوله: (لعتقهما بموته) فيقع رد حر لا مملوك، وهذا في أم الولد ظاهر، وكذا في المدبر لو يخرج من الثلث لأنه حينئذ يعتق بالموت اتفاقاً، وإلا فكذلك عندهما. وعنده يصير كالمكاتب لأنه يسعى في قيمته ليعتق، ولا جعل في رد المكاتب، وتمامه في الفتح. قوله: (وإن أبق منه) وكذا لو مات في يده. نهر. قوله: (ثم إنه أبق) أي في حال استعماله، أما لو بعد فراغه وعزمه على أن يرده إلى صاحبه فينبغي عدم الضمان لعوده إلى الوفاق ط. قوله: (ويلزم مريد الرد قيمته) أي إذا أبق منه أو مات في يده، سواء أشهد أنه أخذه ليرده أو لا كما هو ظاهر لأنه غير مفيد عند إنكار المولى إباقه. قوله: (ما لم يبين إباقه) أي بإقامة البينة على إباقه، أو على إقرار المولى به. زيلعي. قوله: (في الوجهين) أي فيما إذا أبق منه بعد الإشهاد أو قبله. قال في المنح: أما الأول فلأنه لم يرده إلى مولاه، وأما الثاني فلأنه بترك الإشهاد صار غاصباً. قوله: (خلافاً للثاني في الثاني) أي في قوله: «وضمن لو قبله» فإنه لا يضمن عند أبي يوسف وإن لم يشهد، والأولى ذكر الخلاف قبل قوله: «ولا جعل له» لئلا

(وجعل عبد الرهن على المرتهن لو قيمته مساوية للدين أو أقل، ولو أكثر من الدين فعليه بقدر دينه والباقي على الراهن) لأن حقه بالقدر المضمون منه.

(وجعل عبد أوصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة) في الحال لأن المنفعة له (فإذا انقضت) الخدمة (رجع صاحبها على صاحب الرقبة أو بيع العبد فيه) أي في الجعل.

(وجعل مأذون مديون على من يستقر له الملك) فإن بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء (كما يجب جعل) آبق جنى خطأ لا في يد الآخذ على من سيصير له، و(مغصوب على غاصبه، وموهوب على موهوب له وإن رجع الواهب) بعد الرد؛ لأن زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو ترك التصرف (و) جعل عبد (صبي في ماله؛ و) الآبق (نفقته كنفقة لقطة) كما مر (وله حبسه لدين نفقته، ولا

يوهم أن الخلاف في الجعل وليس كذلك، لأن أبا يوسف وإن أوجب الجعل بدون الإشهاد لكن لا بد فيه أن يرده على مولاه، والكلام فيما إذا أبق أو مات قبل الرد فافهم. قوله: (أو بيع العبد فيه) أي إن لم يدفع صاحب الرقبة الجعل. والظاهر أن الذي يبيعه هو القاضي. قوله: (على من يستقر له الملك) وهو المولى إن اختار قضاء دينه أو الغرماء إن اختار بيعه في الدين فيجب الجعل في الثمن، وفي كلامه تسامح لأن الملك لم يستقر لهم فيه بل في ثمنه، وإنما استقر ملكه للمشتري ولا شيء عليه كما في الفتح. قوله: (جنى خطأ) أي قبل الإباق أو بعده قبل الأخذ كما يفيده قوله: لا في يد الآخذ، واحترز به عما لو جنى في يد الآخذ فلا جعل له على أحد كما لو قتل عمداً ثم رده. قوله: (على من سيصير له) وهو المولى إن اختار فداءه، أو الأولياء إن اختار دفعه إليهم، فلو دفع المولى الجعل ثم قضي عليه بالدفع إلى الأولياء له الرجوع على المدفوع إليه بالجعل. بحر عن المحيط. تأمل. قوله: (على غاصبه) لأنه أحياه له لتمكنه بدفعه، وظاهره لزوم الجعل له ولو رده إلى مالكه، ويحرر. ط. قوله: (وهو ترك التصرف) أي تصرفه فيه بما يمنع رجوع الواهب في هبته. قوله: (عبد صبي) بالإضافة. أي جعل عبد الصبي في مال الصبي. قوله: (كنفقة لقطة) لأنه لقطة حقيقة فإذا أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي كان متبرعاً، وبإذنه كان له الرجوع بشرط أن يقول على أن ترجع على الأصح. بحر. قوله: (وله حبسه لدين نفقته) فإن طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه كما قدمناه. بحر.

قلت: وله حبسه أيضاً للجعل. قال في الكافي: ولمن جاء بالآبق أن يمسكه

يزجره القاضي) خشية إباقه ثانياً (و) لكن (يحبسه تعزيراً) له، وقيل يؤجره للنفقة، وبه جزم في الهداية والكافي (بخلاف) اللقطة و (الضال) وقدر في التاتر خانية مدة حبسه بستة أشهر، ونفقته فيها من بيت المال ثم بعدها يبيعه القاضي كما مر.

فرع: أبق بعد البيع قبل القبض للمشتري رفع الأمر للقاضي ليفسخ، والله أعلم.

كتاب المفقود

(هو) لغة: المعدوم. وشرعاً (غائب لم يدر أحي هو فيتوقع) قدومه (أم ميت أودع اللحد البلقع) أي القفر جمعه بلاقع، فدخل الأسير ومرتد لم يدر ألحق

حتى يأخذ الجعل، فإن مات في يده بعد ما قضى له القاضي بإمساكه بالجعل فلا ضمان عليه ولا جعل، وكذلك لو مات قبل أن يرفعه إلى القاضي. قوله: (وقيل يؤجره للنفقة) تقدم الكلام عليه في اللقطة. قوله: (بخلاف اللقطة والضال) فإن الدابة اللقطة تؤجر فينفق عليها من أجرتها الضال لا يحبس، وظاهره أنه يؤجره لينفق عليه من أجرته، وبه صرح في كتاب اللقطة. قوله: (ثم بعدها يبيعه القاضي) أي ويرد لبيت المال ما أنفقه منه كما قدمناه ح، والله سبحانه أعلم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المفقود

مناسبته للآبق أن كلاً منهما فقده أهله وهم في طلبه، وأخر عنه لقلة وجوده. قوله: (هو غائب الخ) أفاد أن قول الكنز «هو غائب» لم يدر موضعه معناه لم تدر حياته ولا موته. قال في البحر: فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه، فإنهم جعلوا منه كما في المحيط المسلم الذي أسره العدو ولا يدري أحي أم ميت مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب، فإنه أعم من أن يكون عرف أنه في بلدة معينة من دار الحرب أو لا اهـ. لكن في الملتقى وغيره: هو غائب لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته، قيل فهذا صريح في اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه.

قلت: الظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالباً وعدمه عدمه، فالعطف للتفسير، ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لا شك في أنه مفقود، فافهم. قوله: (فيتوقع قدومه) أي يطلب أو ينتظر وقوعه، وقوله: «قدومه» بدل اشتمال من الضمير في «يتوقع» العائد إلى قوله: «غائب» لا نائب فاعل، لأن حذفه لا يجوز. قوله: (ومرتد لم يدر ألحق أم لا) أي فإنه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم كافي الحاكم، لأنه إذا جهل لحاقه لا يمكن الحكم

أم لا؟ (وهو في حق نفسه حي) بالاستصحاب، هذا هو الأصل فيه (فلا يُنكح عرسه غيره ولا يقسم ماله) قلت: وفي معروضات المفتي أبي السعود أنه ليس لأمين بيت المال نزعه من يد من بيده ممن أمنه عليه قبل ذهابه، لما سيجيء، معزياً لخزانة المفتين (ولا تنفسخ إجارته، ونصب القاضي من) أي وكيلاً (يأخذ حقه) كغلاته وديونه المقر بها (ويحفظ ماله ويقوم عليه) عند الحاجة، فلو له وكيل فله

به، بخلاف ما إذا علم قبله يحكم به ويكون موتاً حكماً فيقسم ميراثه على ما مر في بابه. قوله: (وهو في حق نفسه حي) مقابله قوله الآتي: «وميت في حق غيره».

وحاصله أنه يعتبر حياً في حق الأحكام التي تضره وهي المتوقفة على ثبوت موته ويعتبر ميتاً فيما ينفعه ويضرّ غيره، وهو ما يتوقف على حياته لأن الأصل أنه حيّ وأنه إلى الآن كذلك استصحاباً للحال السابق، والاستصحاب حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات: أي تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته. قوله. (نزعه) أي نزع مال المفقود. قوله: (لما سيجيء الخ) نبه أن ما هنا أودعه بنفسه وما يجيء في مال مورثه ط.

قلت: لكن يأتي قريباً أنه لو كان وكيل له حفظ ماله: أي لأنه لا ينعزل بفقد الموكل كما يأتي، لكن نقل ابن المؤيد عن جامع الفصولين: لو أخذ القاضي وديعة المفقود ممن هي بيده ووضعها عند ثقة لا بأس به اهـ. وهذا يخالف ما في المعروضات، إلا أن يقال: ما فيها هو في حق أمين بيت المال، فليس له ذلك وإن كان المفقود لا وارث له إلا بيت المال، لأن الوارث حقيقة ليس له ذلك فأمين بيت المال بالأولى وما نقلناه إنما هو في القاضي الذي له ولاية حفظ مال الغائب. والظاهر أنه محمول على ما إذا رأى المصلحة في ذلك، بأن كان من المال بيده غير ثقة إلا فهو عبث تأمل. قوله: (ولا تنفسخ إجارته) لأنها وإن كانت تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر لكنه لم يثبت موته. قوله: (المقر بها) بالبناء للمجهول: أي التي أقر بها غرماؤه، قيد به لما في النهر: ويخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف، لا فيما وجب بعقد المفقود، ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد رجل، ولا في حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه وإنما هو وكيل من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خوف. قوله: (ويقوم عليه) أعم مما قبله لأنه يشمل الحفظ وغيره كحصاد ودياس مثلاً. قوله: (عند الحاجة الخ) متعلق بقوله. «ونصب القاضي» وهذا بحث ذكره في البحر، أصله أنه إنما ينصب إذا لم يكن له وكيل في الحفظ أقامه الغائب قبل فقده، لأنه لا ينعزل بفقده، لما في التجنيس: جعل داره بيد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله الحفظ لا التعمير إلا بإذن الحاكم، لأنه لعله مات ولا يكون الرجل وصياً اهـ. وأجاب في النهر بأن الظاهر أنه: أي وكيل المفقود لا يملك

حفظ ماله لا تعمير داره إلا بإذن الحاكم، لأنه لعله مات، ولا يكون وصياً. تجنيس (لكنه) أي هذا الوكيل المنصوب (ليس بخصم فيما يدعي على المفقود من دين ووديعة وشركة في عقار أو رقيق ونحوه) لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف؛ ولو قضى بخصومته لم ينفذ. زاد الزيلعي في القضاء وتبعه الكمال: إلا بتنفيذ

قبض ديونه التي تقرّ بها غرماؤه ولا غلاته، وحينئذ فيحتاج إلى النصب، وكأن هذا هو السرّ في إطلاقهم نصب الوكيل اهـ.

قلت: وفيه نظر، لأن مراد البحر أن القاضي إنما ينصب له من يأخذ حقه ويحفظ ماله إذا لم يكن له وكيل في ذلك، لأن وكيله لا ينعزل بفقده؛ وقول النهر: الظاهر أنه لا يملك قبض ديونه الخ غير مسلم إلا بنقل صريح، لأنه إذا لم ينعزل وقد وكله بذلك فما المانع له منه؟ فافهم والله أعلم لم يعوّل الشارح على كلامه. قوله: (ليس بخصم فيما يدعي على المفقود) ولا فيما يدعي له كما علمته. قال في البحر: وكذا ليس للورثة ما ذكر لأنهم يرثونه بعد موته ولم يثبت. ثم نقل عن البزازية: مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثة المفقود أنه حيّ وله الميراث والابن الآخر يزعم موته لا خصومة بينهما، لأن ورثة المفقود اعترفوا أنه لا حق لهم في التركة فكيف يخاصمون عنهم اهـ. لأن اعترافهم بحياته اعتراف بأن الحق له. قوله: (ونحوه) أي نحو ما ذكر من رد بعيب أو مطالبة لاستحقاق. بحر. قوله: (بلا خلاف) لما فيه من تضمن الحكم على الغائب وإنما الخلاف المعروف بينهم فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا؟ فعنده يملكها وعندهما: لا اهـ ح عن الزيلعي.

مطلب: قضاء القاضي ثلاثة أقسام

قوله: (لم ينفذ) اعلم أن قضاء القاضي ثلاثة أقسام: قسم يرد بكل حال، وهو ما خالف النص أو الإجماع. وقسم يمضي بكل حال، حتى لو رفع إلى قاض آخر لا يراه نفذه وأمضاه ولا يبطله، وهو ما يكون الخلاف فيه لا في نفس القضاء بل في سببه وأمثلته كثيرة: منها لو قضى شافعي بشهادة المحدودين بعد التوبة أو قضى لامرأة بشهادة زوجها وأجنبي نفذ؛ ولو رفع إلى حنفي لزمه تنفيذه، لأن الاختلاف في سبب القضاء، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا، أما نفس الحكم فلا اختلاف فيه. والقسم الثالث: الحكم المجتهد فيه، وهو ما يقع الخلاف فيه في نفس الحكم؛ فقيل ينفذ أيضاً، وقيل لا ينفذ إلا إذا نفذه قاض آخر، فإذا نفذه الثاني نفذ، حتى لو رفع إلى ثالث أمضاه، وإذا أبطله الثاني فليس لأحد أن يجيزه، وهذا هو

قاض آخر. لكن في الخلاصة: الفتوى على النفاذ؛ يعني لو القاضي مجتهداً. نهر.

(ولا يبيع) القاضي (ما لا يخاف فساده في نفقة ولا في غيرها، بخلاف ما يخاف فساده) فإنه يبيعه القاضي ويحفظ ثمنه.

قلت: لكن في معروضات المفتي أبي السعود أن القضاة وأمناء بيت المال في زمنه مأمورون بالبيع مطلقاً وإن لم يخف فساده، وإن ظهر حياً فله الثمن لأن

الصحيح ... ويعضهم صحح الأول، وذلك كما لو قضى لولده على أجنبي أو لامرأته بشهادة رجلين، لأن نفس القضاء مختلف فيه.

واختلفوا فيما لو قضى على الغائب. فقيل هو من هذا القسم فلا ينفذ إلا بتنفيذ قاض آخر، وهو ما نقله عن الزيلعي والكمال، بناء على أن الاختلاف في نفس القضاء على الغائب. وقيل هو من القسم الثاني فينفذ بلا توقف على تنفيذ قاض آخر، وهو ما نقله عن الخلاصة بناء على أن الاختلاف لا في نفس القضاء بل في سببه، وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا؟. قوله: (يعني لو القاضي مجتهدا) ومثله ما لو كان مقلد المجتهد، وهذا ترجيح لما حققه في البحر من كتاب القضاء من أن الخلاف في نفاذ القضاء على الغائب، عنده ما إذا كان مذهب القاضي صحة هذا القضاء، بخلاف القاضي الحنفي؛ وسيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك. قوله: (ولا يبيع القاضي ما لا يخاف فساده) منقولاً كان أو عقاراً، لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ، وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ، وما يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعه، لأنه تعذر حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه اهـ. من الهداية والفتح.

وفي جامع الفصولين وشرح الوهبانية: للقاضي بيع مال المفقود والأسير من المتاع والرقيق والعقار إذا خيف عليه الفساد، وليس له بيعها لنفقة عيالهما، وإن باعها لخوف الضياع فصارت دراهم أو دنانير يعطي النفقة منها بطريقة اهـ. وفيه شراه فغاب قبل قبضه غيبة منقطعة ولا يدري أين هو جاز للقاضي بيع المبيع وإيفاء الثمن للبائع لو كان المبيع منقولاً لا لو عقاراً. وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر للقاضي ليبيع الرهن بدينه ينبغي أن يجوز كما في هذه المسألة اهـ.

قلت: ومسألة بيع المبيع ذكرها المصنف في متفرقات البيوع، وذكر في النهر هناك أنه لو غاب بعد قبض المبيع ليس للقاضي بيعه، ومسألة بيع الرهن ذكرها الشارح في كتاب الرهن، ومقتضى قياس هذه على المسألة الأولى تخصيص الرهن بكونه منقولاً. تأمل. قوله: (مأمورون بالبيع) أي أمرهم السلطان بذلك.

القضاة غير مأمورين بفسخه؛ نعم إذا بيع بغبن فاحش فله فسخه اهـ. فليحفظ.

(وينفق على عرسه وقريبه ولاداً) وهم أصوله وفروعه **(ولا يفرق بينه وبينها ولو بعد مضي أربع سنين)** خلافاً لمالك

أقول: كيف يتجه هذا الأمر مع مخالفته لما ذكره المصنف تبعاً لما في كتب المذهب كالهداية وغيرها وكافي الحاكم الشهيد بلا حكاية خلاف. إلا أن يقال: إنه إذن للقضاة بالحكم على مذهب الغير، لكن في حكم القاضي بخلاف مذهبه كلام مذكور في كتاب القضاء، على أن أمر قضاة زمانه لا يسري على غيرهم كما حرره في الخيرية. قوله: **(وينفق)** أي الوكيل المنصوب. نهر: أي ينفق من مال المفقود الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد ومن مال مودوع عند مقرّ ودين على مقرّ، وتمامه في الفتح والبحر. قوله: **(ولاداً)** نصب على التمييز. نهر. قوله: **(وهم أصوله وفروعه)** أعاد الضمير بالجمع على القريب لأنه يصدق على الواحد والأكثر، والمراد الأصول وإن علوا والفروع وإن سفلوا، ولم يشترط الفقر في الأصول استغناء بما مر في النفقات؛ وإنما ينفق عليهم لأن وجوب النفقة لهم ولا يتوقف على القضاء فكان إعانة لهم، بخلاف غير الولاد من الأخ ونحوه فإن وجوبها يتوقف عليه، فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز، وهذا الإطلاق مقيد بالدراهم والدنانير والتبر لأن حقهم في المطعوم والملبوس، فإن لم يكن ذلك في ماله احتيج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان، وقد علمت أنه على الغائب لا يجوز إلا في الأب، فإن له بيع العرض لنفقته استحساناً كما في المبسوط، وقدم المصنف في النفقات أن لهؤلاء أخذ النفقة من مودعه ومديونه المقرين بالنكاح والنسب إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن ظهرا لم يشترط أو أحدهما اشترط الإقرار بما خفي هو الصحيح، فإن أنكر الوديعة والدين لم ينتصب أحد من هؤلاء خصماً فيه والمسألة بفروعها مرت. نهر: أي مرت في النفقات.

مطلب في الإفتاء بمذهب مالك في زوجة المفقود

قوله: **(خلافاً لمالك)** فإن عنده تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة بعد مضي أربع سنين، وهو مذهب الشافعي القديم، وأما الميراث فمذهبهما كمذهبنا في التقدير بتسعين سنة، أو الرجوع إلى رأي الحاكم. وعند أحمد: إن كان يغلب على حاله الهلاك كمن فقد بين الصفين أو في مركب قد انكسر أو خرج لحاجة قريبة فلم يرجع ولم يعلم خبره فهذا بعد أربع سنين يقسم ماله وتعتد زوجته، بخلاف ما إذا لم يغلب عليه الهلاك كالمسافر لتجارة أو لسياحة فإنه يفوّض للحاكم في رواية عنه، وفي أخرى: يقدر بتسعين من مولده كما في شرح ابن الشحنة، لكنه اعترض على الناظم بأنه لا حاجة للحنفي إلى ذلك: أي لأن ذلك خلاف مذهبنا فحذفه أولى. وقال في الدر المنتقى:

(وميت في حق غيره فلا يرث من غيره) حتى لو مات رجل عن بنتين وابن مفقود وللمفقود بنات وأبناء والتركة في يد البنتين والكل مقرون بفقد الابن واختصموا للقاضي لا ينبغي له أن يحرك المال عن موضعه: أي لا ينزعه من يد البنتين، خزانة المفتين **(ولا يستحق ما أوصى له إذا مات الموصي بل يوقف قسطه إلى موت أقرانه في بلده)**

ليس بأولى، لقول القهستاني: لو أفتى به في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن اهـ

قلت: ونظير هذه المسألة عدة ممتدة الطهر التي بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام ثم امتد طهرها فإنها تبقى في العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض. وعند مالك: تنقضي عدتها بتسعة أشهر. وقد قال في البزازية: الفتوى في زماننا على قول مالك. وقال الزاهدي: كان بعض أصحابنا يفتون به للضرورة.

واعترضه في النهر وغيره بأنه لا داعي إلى الإفتاء بمذهب الغير لإمكان الترافع إلى مالكي يحكم بمذهبه، وعلى ذلك مشى ابن وهبان في منظومته هناك، لكن قدمنا أن الكلام عند تحقق الضرورة حيث لم يوجد مالكي يحكم به. قوله: **(وميت في حق غيره)** معطوف على قوله: «وهو في حق نفسه حي» كما مر. قوله: **(وللمفقود بنات وأبناء)** الظاهر أنه بالمد جمع ابن، إذ لا يصح أن يكون مفرداً منصوباً. وفي بعض النسخ وابنان بصيغة المثنى، وفي بعضها «وابن» بصيغة المفرد، والكل صحيح. قوله: **(والتركة في يد البنتين)** أي بنتي الرجل الميت. واعلم أن في هذه المسألة ست صور والمذكور هنا صورة واحدة منها.

وحاصل الصور أن المال، إما أن يكون في يد أجنبي أو في يد البنتين أو في يد أولاد الابن، وعلى كل إما أن يتفقوا على الفقد أو ينكره من في يده المال ويدعي أنه مات. وأحكام الكل مبينة في الفتح، فراجعه إن شئت. قوله: **(أي لا ينزعه من يد البنتين)** بل يقضي لهما بالنصف ميراثاً ويوقف النصف في أيديهما على حكم ملك الميت، فإن ظهر المفقود حياً دفع إليه، وإن ظهر ميتاً أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لأولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين. فتح. قوله: **(ولا يستحق الخ)** أي لا يحكم باستحقاقه للوصية بعد موت الموصي ولا بعدمه، بل يوقف إلى ظهور الحال، فإن ظهر إلى آخر ما سيذكره المصنف. قوله: **(إلى موت أقرانه)** هذا ليس خاصاً بالوصية، بل هو حكمه العام في جميع أحكامه من قسمة ميراثه وبينونة زوجته وغير ذلك. قوله: **(في بلده)** هو الأصح. بحر. وقيل: المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد، فإن الأعمار قد تختلف طولاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه

على المذهب) لأنه الغالب، واختار الزيلعي تفويضه للإمام.

العادة، ولذا قالوا: المغاربة أطول أعماراً من الروم، لكن في تعرف موت أقرانه من البلاد حرج عظيم، بخلافه من بلده تابعاً فيه نوع حرج محتمل. فتح. قوله: (على المذهب) وقيل يقدر بتسعين سنة بتقديم التاء من حين ولادته، واختاره في الكنز، وهو الأرفق. هداية. وعليه الفتوى. ذخيرة. وقيل بمائة، وقيل بمائة وعشرين، واختار المتأخرون ستين سنة، واختار ابن الهمام سبعين لقوله عليه الصلاة والسلام «أعمارُ أُمّتي ما بَيْن السِّتّين إلى السَّبْعين» فكانت المنتهى غالباً. وذكر في شرح الوهبانية أنه حكاه في الينابيع عن بعضهم. قال في البحر: والعجب كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع على مقلد أبي حنيفة. وأجاب في النهر بأن التفحص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج، فعن هذا اختاروا تقديره بالسن اهـ.

قلت: وقد يقال: لا مخالفة بل هو تفسير لظاهر الرواية وهو موت الأقران، لكن اختلفوا: فمنهم من اعتبر أطول ما يعيش إليه الأقران غالباً، ثم اختلفوا فيه هل هو تسعون أو مائة أو مائة وعشرون، ومنهم وهم المتأخرون اعتبروا الغالب من الأعمار، أي أكثر ما يعيش إليه الأقران غالباً لا أطوله فقدروه بستين، لأن من يعيش فوقها نادر والحكم للغالب، وقدره ابن الهمام بسبعين للحديث لأنها نهاية هذا الغالب، ويشير إلى هذا الجواب قوله في الفتح بعد حكاية الأقوال:

والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً اهـ. قوله: (واختار الزيلعي تفويضه للإمام) قال في الفتح: فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته. قال في النهر: وفي الينابيع: قيل يفوض إلى رأي القاضي، ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية. وفي القنية: جعل هذا رواية عن الإمام اهـ.

قلت: والظاهر أن هذا غير خارج عن ظاهر الرواية أيضاً، بل هو أقرب إليه من القول بالتقدير، لأنه فسره في شرح الوهبانية بأن ينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير، لأنه لم يرد الشرع بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجتهد، ثم نقل عن مغني الحنابلة حكايته عن الشافعي ومحمد، وأنه المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف. وقال الزيلعي: لأنه يختلف باختلاف البلاد، كذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص، فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه قد مات اهـ. ومقتضاه أنه يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته، وعلى هذا يبتني على ما في جامع الفتاوى حيث قال: وإذا فقد في المهلكة فموته غالب فيحكم به، كما إذا فقد في وقت الملاقاة مع العدو أو مع قطاع الطريق، أو سافر على المرض الغالب هلاكه، أو كان سفره في البحر وما أشبه ذلك حكم بموته، لأنه الغالب في هذه

وطريق قبول البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصماً عنه أو ينصب عليه قيما تقبل عليه البينة. نهر.

قلت: وفي واقعات المفتين لقدري أفندي معزياً للقنية أنه إنما يحكم بموته بقضاء، لأنه أمر محتمل، فما لم ينضم إليه القضاء لا يكون حجة (فإن ظهر قبله) قبل موت أقرانه (حياً فله ذلك) القسط (وبعده يحكم بموته في حق ماله يوم علم

الحالات وإن كان بين احتمالين، واحتمال موته ناشئ عن دليل لا احتمال حياته، لأن هذا الاحتمال كاحتمال ما إذا بلغ المفقود مقدار ما لا يعيش على حسب ما اختلفوا في مقداره نقل من القنية اهـ. ما في جامع الفتاوى. وأفتى به بعض مشايخنا وقال: إنه أفتى به قاضي زاده صاحب بحر الفتاوى، لكن لا يخفى أنه لا بد من مضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته لا بمجرد فقده عند ملاقاة العدو أو سفر البحر ونحوه، إلا إذا كان ملكاً عظيماً فإنه إذا بقي حياً تشتهر حياته، فلذا قلنا: إن هذا مبني على ما قاله الزيلعي، تأمل. قوله: (وطريق قبول البينة) فيه إيهام أنه يحتاج إلى بينة على موت أقرانه وليس بمراد، بل المراد ما إذا قامت بينة على موته حقيقة. ففي النهر عن التاتارخانية. ثم طريق موته إما بالبينة أو موت الأقران. وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي الخ. قوله: (أو ينصب عليه قيماً) أي إذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله ينصب عنه مسخراً لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه. قوله: (بقضاء الخ) هو أحد قولين. قال القهستاني. وفي الفاء من قوله: فتعتد عرسه دلالة على أنه يحكم بموته بمجرد انقضاء المدة فلا يتوقف على قضاء القاضي كما قال شرف الأئمة. وقال نجم الأئمة القاضي عبد الرحيم: نص على أنه يتوقف عليه كما في القنية اهـ، وما قاله شرف الأئمة موافق للمتون. سائحاني.

قلت: لكن المتبادر من العبارة أن المنصوص عليه هو المذهب الثاني. ثم رأيت عبارة الواقعات عن القنية أن هذا: أي ما روي عن أبي حنيفة من تفويض موته إلى رأي القاضي نص على أنه إنما يحكم بموته بقضاء الخ. قوله: (فإن ظهر قبله) هذه القبلية لا مفهوم لها وإن ذكرها الكثيرون. سائحاني، ولذا قال في البحر: وإن علم حياته في وقت من الأوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقربائه اهـ. لكن لو عاد حياً بعد الحكم بموت أقرانه قال ط: فالظاهر أنه كالميت إذا أحيي، والمرتد إذا أسلم، فالباقي في يد ورثته له ولا يطالب بما ذهب. قال: ثم بعد رقمه رأيت المرحوم أبا السعود نقله عن الشيخ شاهين ونقل أن زوجته له والأولاد للثاني اهـ. تأمل. قوله: (فله ذلك القسط) أي الموقوف له من الوصية وكذا الإرث كما مر. قوله: (وبعده)

ذلك) أي موت أقرانه (فتعتد) منه (عرسه للموت ويقسم ماله بين من يرثه الآن و) يحكم بموته (في) حق (مال غيره من حين فقده فيرد الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته) لما تقرر أن الاستصحاب، وهو ظاهر الحال، حجة دافعة لا مثبتة (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط) الوارث (شيئاً وإن انتقص حقه) به (أعطي أقل النصيبين) ويوقف الباقي (كالحمل) ومحله الفرائض، ولذا حذفه القدوري وغيره.

فرع: ليس للقاضي تزويج أمة غائب ومجنون وعبدهما، وله أن يكاتبهما وبيعهما.

أي بعد موت أقرانه، وهو متعلق بقوله: «يحكم» لا بقوله: «ظهر» لأنه يصير المعنى وإن ظهر حياً بعد موت أقرانه يحكم بموته الخ، وهو فاسد كما لا يخفى. قوله: (فتعتد منه عرسه للموت) أي عدة الوفاة ويرد ما وقف له من الوصية إلى ورثة الموصي. قوله (بين من يرثه الآن) أي حين الحكم بموته لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته زيلعي، وكذا يحكم بعتق مدبريه وأمهات أولاده في ذلك الوقت. بحر. قوله: (من حين فقده) أي مال لم تعلم حياته في وقت كما مر. قوله: (عند موته) أي موت المورث. قوله: (حجة دافعة) فتدفع ثبوت حق لغيره في ماله. قوله: (لا مثبتة) فلا يثبت له حق في مال غيره. قوله: (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به الخ) أي يحجب ذلك الوارث بالمفقود، ويظهر هذا من المثال الآتي حيث لم يعط أولاد الابن المفقود شيئاً قبل ظهور حياته لحجبهم به، وأعطي البنتان النصف فقط دون الثلثين، ووقف لهما السدس، ولأولاد الابن الثلث إلى ظهور موته، فإن ظهر حياً أخذ النصف الموقوف. قوله: (كالحمل) فإنه لو كان معه وارث لا يتغير إرثه بحال يعطى كل نصيبه، وإن كان ينتقص حقه به يعطى الأقل، وإن كان يسقط به لا يعطى شيئاً، فلو ترك ابناً وزوجة حاملاً تعطى الزوجة الثمن لأنه لا يتغير، والابن نصف الباقي لأنه أقل من كل الباقي على تقدير موت الحمل، ومن ثلثي الباقي على تقدير كون الحمل أنثى، ولو ترك زوجة حاملاً وأخاً شقيقاً أو عماً لا يعطى شيئاً لاحتمال ذكورة الحمل. قوله: (ولذا حذفه) أي حذف قوله: ولو كان مع المفقود وارث الخ. قوله: (فرع الخ) عزاه في الدرر إلى فصول العمادي. قوله: (وبيعهما) في شرح الوهبانية عن القنية: فقدت مولاها ولا تجد نفقة وخيف عليها الفاحشة فللقاضي أن يبيعها أو يؤجرها من امرأة ثقة، وليس له تزويجها اهـ. والله سبحانه أعلم.

كتاب الشركة

لا يخفى مناسبتها للمفقود من حيث الأمانة، بل قد تحقق في ماله عند موت مورثه.

(هي) بكسر فسكون في المعروف لغة: الخلط،

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة[1]

قيل مشروعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والمعقول. واختلفوا في النص المفيد لذلك. قال في الفتح: ولا شك أن مشروعيتها أظهر ثبوتاً، إذ التوارث والتعامل بها من لدن رسول الله ﷺ وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه لإثبات حديث بعينه. قوله: (من حيث الأمانة) فإن مال أحد الشريكين أمانة في يد الآخر، كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر. بحر. وجعل في الفتح هذه مناسبة عامة فيهما وفي الآبق واللقيط واللقطة. قوله: (بل قد تحقق في ماله) هذه مناسبة خاصة؛ بيانها أنه لو مات أبوه عنه وعن ابن آخر فإن مال المفقود من التركة على تقدير حياته مشترك؛ أي يختلط مع مال أخيه. قوله: (بكسر فسكون في المعروف) كذا في الفتح: أي المشهور فيها كسر الشين وسكون الراء. قال في النهر: وبقي فتح الشين مع كسر الراء وسكونها. قوله: (لغة الخلط) قال في الفتح: هي لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما، وما قيل اختلاط النصيبين تساهل؛ لأنها اسم المصدر، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركاً، فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط. وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة، وتمامه فيه

---

(1) الشركة لغة: قال في القاموس: يقال: شَرِكْتُه في الأمر أَشْرَكُه شِرْكاً، وشَرِكَةً، وحكي بوزن نعمة وسرقة، وحكى مكي لغة ثالثة: شِرْكة بوزن نِعمة، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر وأشركته. وقال الجوهري: وشاركت فلاناً: صرت شريكه، واشتركنا وتشاركنا في كذا، أي: صرنا فيه شركاء. والشِّرْك بوزن العلم: الاشتراك والنصيب.

انظر: الصحاح 4/1593، ومعجم مقاييس اللغة 3/265، المصباح المنير 1/311، النهاية في غريب الحديث 2/466.

اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.

عرفها الشافعية بأنها: هي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع.

عرفها المالكية بأنها: إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما.

عرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في استحقاق أو في تصرف، والنوع الأول شركة في ملك، والنوع الثاني شركة عقود.

انظر: تبيين الحقائق 3/313، شرح فتح القدير 6/152، والمبسوط 11/151، مواهب الجليل 5/122، الكافي 2/780، كشاف القناع 3/496، والإنصاف 5/407، المغني 5/3.[1]

سمي بها العقد لأنها سببه. وشرعاً: (عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح) جوهرة.

(وركنها في شركة العين اختلاطهما، وفي العقد اللفظ المفيد له) وشرط جوازها كون الواحد قابلاً للشركة (وهي ضربان: شركة ملك، وهي أن يملك متعدد) اثنان فأكثر (عيناً) أو حفظاً كثوب هبه الريح في دارهما فإنهما شريكان في

قلت: لكن الشركة قد تتحقق بالاختلاط كما يأتي. فيلزم أن لا يكون لها اسم. تأمل. إلا أن يقال: إن أهل اللغة لا يسمونها شركة. قوله: (سمي بها العقد) عبارة الزيلعي: ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازاً لكونه سبباً له. قوله. (لأنها سببه) الضمير الأول عائد إلى العقد بتأويل الشركة، والثاني إلى الخلط اهـ ح. والأظهر تذكير الضميرين كعبارة الزيلعي، أو يقول. لأنه سببها: أي لأن العقد سبب الشركة التي حقيقتها الخلط فالعلاقة السببية، من إطلاق اسم المسبب على سببه. قال في الفتح: فإذا قيل شركة العقد بالإضافة فهي إضافة بيانية. قوله: (وشرعاً الخ) ظاهر كلامهم اتحاد اللغوي والشرعي، فإنها في الشرع تطلق على الخلط وكذا على العقد مجازاً. تأمل. بدليل تقسيمهم لها إلى شركة عقد وشركة ملك. والثانية تكون بالخلط أو الاختلاط، إلا أن يقال: المراد تعريف شركة العقد فقط لأنها التي فصلت أنواعها إلى أربعة من مفاوضة وغيرها. تأمل. قوله: (في شركة العين) أي الملك فإنها في مقابلة العقد الذي هو عرض غير عين، وقوله: «اختلاطهما» أي اختلاط المالين بحيث لا يتميز أحدهما، وعبر بالاختلاط تبعاً للفتح مع أن مقتضى ما مر التعبير بالخلط. تأمل. قوله. (اللفظ المفيد له) أي لعقد الشركة، وهو الإيجاب والقبول ولو معنى كما سيأتي. قوله (كون الواحد الخ) كذا في البحر عن المحيط. والظاهر أن المراد بالواحد المعقود عليه احترازاً عن المباحات والنكاح والوقف، لما سيأتي من قوله: «وشرطها كون المعقود عليه قابلاً للوكالة» فإن المراد من قبوله الاشتراط. قوله: (وهي ضربان) أي الشركة من حيث هي لا بقيد كونها شركة عقد ففيه شبه الاستخدام وإلا كان من تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره. قوله: (شركة ملك) أي اختصاص فالإضافة بمعنى اللام كما في المغرب. قهستاني. قوله: (أو حفظاً) دخوله في الملك المفسر بالاختصاص ظاهر. والمقصود بيان اشتراكهما في الحفظ وثبوت الحق لهما الواحد فقط، ولا يلزم من ذكر مسألة في باب جريان جميع أحكام الباب فيها كالدين المشترك فإنه لا تجري فيه جميع أحكام العين، فافهم. قوله: (هبه الريح) حقه أن يقال هبت به الريح لما في القاموس: الهب والهبوب ثوران الريح، وهبه هباً وهبة بالفتح وهبة بالكسر قطعه اهـ. فقد جعل المتعدي بمعنى القاطع وهو غير مراد هنا كما لا يخفى.

الحفظ. قهستاني (أو دينا) على ما هو الحق؛ فلو دفع المديون لأحدهما فللآخر الرجوع بنصف ما أخذ. فتح. وسيجيء متنافي الصلح وأن من حيل اختصاصه مما أخذه أن يهبه المديون قدر حصته ويهبه رب الدين حصته. وهبانية (بإرث أو بيع أو غيرهما) بأي سبب كان جبرياً أو اختيارياً ولو متعاقباً؛ كما لو اشترى شيئاً ثم أشرك فيه آخر. منح.

(وكل) من شركاء الملك (أجنبي) في الامتناع عن تصرف مضر (في مال صاحبه) لعدم تضمنها الوكالة (فصح له بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن، إلا في صورة الخلط) لماليهما

مَطْلَبٌ: الحَقُّ أنَّ الدَّيْنَ يُمْلَكُ

قوله: (على ما هو الحق) قال في الفتح: إن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين، فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك. وقد يقال: بل يملك شرعاً، ولذا جاز هبته ممن عليه. وقد يقال: إن الهبة مجاز عن الإسقاط، ولذا لم تجز من غير من عليه. والحق ما ذكروا من ملكه؛ ولذا ملك ما عنه من العين الاشتراك حتى لو دفع الخ اهـ. وقوله: «ملك ما عنه الخ» أي لو صالح أحدهما عن نصيبه على عين كثوب مثلاً ملكه مشتركاً بينه وبين الآخر، وتمامه في الصلح قبيل التخارج. قوله: (وأن من حيل اختصاصه) أي اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه، وهذه الحيلة مذكورة في الفتح أيضاً وسيأتي غيرها في الصلح. قوله: (بإرث) متعلق بقوله: «يملك متعدد» ط. قوله: (بأي سبب كان الخ) هو مفهوم قوله بإرث أو بيع فإن الأول جبري والثاني اختياري، ومن الأول ما لو اختلط مالهما بلا صنع من أحدهما، ومن الثاني ما لو ملكا عيناً بهبة أو استيلاء على مال حربي، أو خلطا مالهما بحيث لا يتميز كما يأتي، أو قبلا وصية بعين لهما كما في البحر. قوله: (ولو متعاقباً) مرتبط بقوله: «أن يملك متعدد» ط. قوله: (ثم أشرك فيه آخر) سيذكر المصنف مسألة الإشراك آخر الشركة. قوله. (في الامتناع) الأولى حذفه لأنه أجنبي في التصرف. لا في الامتناع عنه، إلا أن يقال: قوله: «أجنبي» أي كأجنبي؛ ويكون هذا بياناً لوجه الشبه ط. قوله. (عن تصرف مضر) احترز به عن الغير المضر كالانتفاع ببيت وخادم وأرض في غيبة شريكه على ما سيأتي بيانه. قوله: (فصح له بيع حصته) تفريع على التقييد بمال صاحبه ط. قوله: (إلا في صورة الخلط) والاختلاط فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه.

والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء، بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي، بخلاف

بفعلهما كحنطة بشعير وكبناء وشجر وزرع مشترك. قهستاني. وتمامه في الفصل الثلاثين من العمادية، ونحوه في فتاوى ابن نجيم؛ وفيها بعد ورقتين أن المبطخة كذلك، لكن فيها بعد ورقتين أخريين جواز بيع البناء أو الغراس المشترك في

ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط كان كل حبة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم اهـ. فتح وبحر.

قلت: ومثل الخلط والاختلاط بيع ما فيه ضرر على الشريك أو البائع أو المشتري، كبيع الحصة من البناء أو الغراس، وبيع بيت معين من دار مشتركة كما يأتي تحريره. قوله: (بفعلهما) احتراز عما إذا كان بفعل أحدهما بلا إذن الآخر، فإن الخالط يملك مال الآخر ويكون مضموناً عليه بالمثل للتعدي. قوله: (كحنطة بشعير) ومثله حنطة بحنطة بالأولى لتعذر التمييز، وفي الأول يتعسر. قوله: (وكبناء وشجر وزرع مشترك) صنيعه يقتضي أن هذا من قبيل الخلط وليس كذلك، وإنما توقف البيع فيه من الأجنبي على إذن شريكه لتضرر الشريك بالقلع والهدم كما سيأتي تفصيله اهـ ح.

قلت: ويمكن الجواب بأن قوله: «وكبناء» معطوف على قول المصنف «في صورة الخلط» فيكون استثناء صورة أخرى وهي ما في بيعه ضرر كما قلنا. قوله: (ونحوه في فتاوى ابن نجيم) أي في كتاب البيع حيث أفتى بأنه لو باع أحد الشريكين في البناء حصته لأجنبي لا يجوز، ولشريكه جاز؛ وأفتى أيضاً بأنه لو باع حصته من الزرع لأجنبي بلا رضا شريكه لا يجوز، ومفاده تقييد الأول أيضاً بما إذا لم يرض الشريك أفاده ح. وفي الخيرية صرحوا بأن بيع الحصة في البناء والغرس لغير الشريك لا يجوز. قوله: (وفيها بعد ورقتين أن المبطخة كذلك) ونصه: سئل في مبطخة بين شريكين باع أحدهما حصته لأجنبي بثمن معلوم بدون رضا شريكه هل يجوز البيع أم لا؟ أجاب لا يجوز البيع اهـ. والمراد بالمبطخة: البطيخ المزروع لا أرض البطيخ، إذ بيعه مع الأرض جائز؛ والمراد أيضاً ما إذا باعه قبل النضج لأن فيه ضرراً على الشريك بالقطع. قال في جامع الفصولين: باع نصيبه من المبطخة برضا شريكه، فلو ضرّه تقطع لم يجز البيع ونصيب البائع المشتري ما لم يفسخ البيع ولشريكه أن لا يرضى بعد الإجازة، إذ في قلعه ضرر والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر اهـ. ومفاده أن البيع فاسد قبل الفسخ لقوله: «ونصيب البائع للمشتري الخ» يعني إذا قبض المبيع.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي بَيْعِ الحِصَّةِ الشَّائِعَةِ مِنَ البِنَاءِ أَوِ الغِرَاسِ

قوله: (لكن فيها الخ) أفتى بمثله في الفتاوى الخيرية، واستند إلى ما في فتاوى ابن نجيم، وبين وجه ذلك حيث قال: سئل فيما إذا باع أحد الشركاء حصته في الغراس

في الأرض المحتكرة من أجنبيّ وأعلمه بما على الحصة من الحكر هل يجوز بيعه لكونه لا مطالب له بالقلع فلا يتضرر أم لا؟ أجاب: نعم يجوز بيعه لعدم الضرر بعدم التكليف بالقلع.

ففي فتاوى الشيخ زين بن نجيم: إذا باع أحد الشريكين في البناء والغراس في الأرض المحتكرة حصته من أجنبيّ هل يجوز البيع منه أم لا؟ أجاب: نعم يجوز، وكذا من الشريك، والله أعلم اهـ. ووجه عدم المطالبة في الأرض المحتكرة بالقلع كما هو ظاهر اهـ. ما في الخيرية. وبه ظهر أنه لا مخالفة بين هذا وما تقدم لأن مناط الفساد حصول الضرر، فافهم. ولذا قال الطرطوسي بعد كلام: فتحرر لنا من هذه النقول أن بيع الحصة من الزرع والثمرة والبطيخة بغير الأرض من الأجنبي أو من أحد شريكيه لا يجوز، فلو رضي الشريك: قيل لا يجوز أيضاً، وقيل يجوز. ويظهر لي التوفيق بحمل الأول على ما إذا قصد المشتري إجبار الشريك على القلع، والثاني على ما إذا لم يقصد ذلك، ويفهم هذا التوفيق من تعليل المحيط لعدم الجواز بقوله: لأن فيه ضرراً، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به اهـ. كما قالوا فيما إذا باع نصف زرعه من رجل لا يجوز، لأن المشتري يطالبه بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر كبيع الجذع في السقف. ثم إذا طلب المشتري القلع لا يجاب إليه نظراً للشريك، لكن إن طلب هو أو البائع النقض لفسخ البيع لأنه فاسد، وإن سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزاً لزوال المانع. وذكر في الخانية أن نصيب البائع يكون للمشتري ما لم ينقض البيع اهـ.

وأما بيع هذه المذكورات من الشريك كأرض بينهما فيها زرع لهما لم يدرك، فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الأرض، ففي رواية يجوز، وفي أخرى لا، وعليها جواب عامة الأصحاب، ولكنها تحمل على ما فيه ضرر بالقلع كبيع ربّ الأرض من الأكار حصته من الزرع أو الثمرة فلا يجوز، لأنه يكلف الأكار القلع فيتضرر. أما لو باع الأكار لربّ الأرض فإنه يجوز اتفاقاً، والدليل قول المحيط: لأن البائع يطالبه بالقلع ليفرغ نصيبه من الأرض، ولا يمكن ذلك إلا بقلع الكل فيتضرر المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه اهـ. كلام الطرسوسي ملخصاً. ثم حرّر أن حكم الغراس كالزرع، وهذا كله فيما إذا لم يدرك الزرع والثمر، وإلا جاز لعدم الضرر بالقلع كما سيذكره الشارح عن الفتاوى: إذا بلغت الأشجار أوان القطع جاز الشراء وإلا فسد. ومثله الزرع كما في بيوع البحر عن الولوالجية.

والحاصل أن ما بلغ أوان قطعه يصح بيع الحصة منه للشريك ولغيره، ولو بلا إذن

. . . .

الشريك لعدم الضرر، وإلا لم يجز بيعه من الأجنبي بلا إذن الشريك؛ فلو بإذنه لم يجز إن كان مراد المشتري إجبار الشريك على القلع، وإلا بأن سكت إلى وقت الإدراك يجوز، وعلى هذا ما كان في الأرض المحتكرة لأنه ممدّ للبقاء لا للقطع فلا يتضرّر أحدهما، فلو أراد القطع قبل بلوغ أوانه لا يجاب إلى ذلك، وإذا طلب أحدهما فسخ البيع يجاب لأنه فاسد، وإنما ينقلب جائزاً إذا سكت إلى وقت الإدراك. وأما البناء فذكر الطرطوسي أنه إما أن تكون الأرض لهما أو لغيرهما أو لأحدهما؛ فإن كانت لهما ففي المحيط أنه لو باع أحدهما حصته من البناء فقط لأجنبيّ لم يجز ولو بإذن الشريك، لأن للبائع مطالبته بالهدم، وكذا لو كان الكل له فباع نصفه من رجل لأن المشتري يطالب بالهدم فيتضرّر البائع فيما لم يبعه. ولو باع من شريكه في رواية جاز، وفي أخرى لا، واختارها أبو الليث لأن البائع يطالبه بتفريغ نصيبه من الأرض. وإن كانت الأرض لغيرهما ففي البدائع والخلاصة: لو باع الأجنبيّ لم يجز لأنه لا يمكنه تسليمها إلا بضرر وهو نقض البناء، ومقتضاه أنه لشريكه يجوز، لكن ينبغي حمله على ما لا ضرر فيه، كما لو استعارها للبناء مدة، ومضت المدة لأن البائع لا حق له في الأرض فلا يمكنه مطالبة المشتري بالقلع، بخلاف الأرض المستأجرة لبقاء حقه في الأرض إلا أن يؤجره نصيبه منها قبل البيع، وكذا لو كانت الأرض مغصوبة لأن البناء غير مستحق للبقاء بل للقلع، فهو كالمقلوع حقيقة فيصح بيعه ولو لأجنبيّ، ومثله الأحكار التي يدفع لها كل سنة مبلغ معلوم بلا إجارة شرعية فينبغي أن يكون كالمغصوبة لأنه مستحق للقلع، وإن كانت الأرض لأحدهما فإن باع أحدهما لأجنبيّ لا يجوز؛ وإن لشريكه ينبغي الجواز سواء كان البائع صاحب الأرض أو الآخر، لأن البناء هنا لا يكون إلا بطريق الإباحة فهو مستحق القلع؛ بخلاف الزرع في أرض أحدهما فإنه بطريق المزارعة وهي عقد لازم، فالزرع مستحق البقاء. فلذا لم يصح بيع صاحب الأرض حصته في الزرع للمزارع، وصح العكس لعدم الضرر، هذا خلاصة ما حرره الطرطوسي في أنفع الوسائل.

قلت: والعرف الآن في العمارة أنها تبنى في أرض الوقف أو أرض بيت المال بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة على مذهب من يراها، فإذا باع حصته من البناء لأجنبيّ بعد ما أحكره الحصة من الأرض أو فرغ له عن حق تصرفه في الأرض السلطانية بإذن المتكلم عليها صح لعدم الضرر، وكذا لو تأخر الإحكار أو الفراغ عن البيع لارتفاع المفسد كما مر فيما لو باع حصته من الشجر قبل الإدراك ولم يطلب القلع إلى الإدراك، وعلى هذا فما مر عن البدائع والخلاصة من عدم الجواز للأجنبي ينبغي حمله على ما إذا كانت الأرض مستعارة بقرينة التعليل، وذلك لأن المشتري غير مستعير ولا بد من تسليم المبيع فلا بد من الهدم، وفيه ضرر على الشريك، بخلاف ما إذا

الأرض المحتكرة ولو للأجنبي فتنبه، فلا يجوز بيعه إلا بإذنه، ولو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتاً معيناً أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع.

وفي الواقعات: دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه لآخر لم يجز، لأنه لا يخلو إما إن باعه بشرط الترك أو بشرط القلع أو الهدم. أما الأول فلا يجوز لأنه شرط منفعة للمشتري سوى البيع فصار كشرط إجارة في البيع، ولا يجوز بشرط الهدم أو القلع. لأن فيه ضرراً بالشريك الذي لم يبع.

وفي الفتاوى: مشجرة بين قوم باع أحدهم نصيبه مشاعاً والأشجار قد انتهت أوان القطع حتى لا يضرها القطع جاز الشراء،

كانت في أرض وقف أو أرض سلطانية لأنه يمكنه تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشتري مقام البائع إذا كان قصده إبقاء البناء وتزول علة الفساد التي ذكرها وهذا ما استند إليه الخير الرملي في علة الجواز تبعاً لابن نجيم كما مر، لكنه سوّى بين الغراس والبناء، فيحمل ما مر من عدم الجواز في الغرس الذي لم يبلغ أوان القطع على ما إذا كانت الأرض للبائع، وقد استوفينا الكلام على هذه المسائل في كتابنا [العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية] فراجعه. قوله: (فتنبه) أشار به إلى وجه التوفيق الذي ذكرناه بين كلامي ابن نجيم. قوله: (فلا يجوز بيعه إلا بإذنه) راجع إلى قوله: «إلا في صورة الخلط» وما بعده اهـ ح. وقد سقط في بعض النسخ من هنا إلى قوله: «والاختلاط». قوله: (فللآخر أن يبطل البيع) كذا في غالب كتب المذهب معللين بتضرر الشريك بذلك عند القسمة، إذ لو صح في نصيبه لتعين نصيبه فيه، فإذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضرراً على الشريك، إذ لا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه، لأن نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيعه النصف، فإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة، كذا في الخيرية من البيع. قوله: (باع أحدهما نصيبه) أي من البناء فقط كما هو صريح العمادية، أما بيع النصيب من الدار بتمامها فلا مانع من جوازه. أفاده ح. قوله: (بشرط القلع أو الهدم) أي قلع الأخشاب أو هدم البناء والعمارة. والذي في ح عن العمادية «والهدم» بالواو. قوله: (كشرط إجارة في البيع) أي كما لو باع البناء واشترط عليه إجارة الأرض وهو مفسد للعقد لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين. قوله: (باع أحدهم نصيبه) أي من الشجر، وبه عبر في شرح الملتقى ط. قوله: (قد انتهت أوان القطع) الأولى قد انتهى أوان قطعها، وهذا إنما يظهر في شجر يراد منه القطع، بخلاف ما يراد منه الثمر ط. قوله: (حتى لا يضرها) أي لا يضر

وللمشتري أن يقطع لأنه ليس في القسم ضرر.

وفي النوازل: باع نصيبه من المشجرة بلا أرض بلا إذن شريكه، إن بلغت أوان انقطاعها جاز البيع لأنه لا يتضرّر المشتري بالقسمة وإن لم تبلغ فسد لتضرره بها. وفيها: باع بناء بلا أرضه على أن يشترك المشتري البناء فالبيع فاسد. عمادية من الفصل الثالث من مسائل الشيوع (والاختلاط) بلا صنع من أحدهما فلا يجوز بيعه إلا بإذنه لعدم شيوع الشركة في كل حبة، بخلاف نحو حمام وطاحون وعبد ودابة حيث يصح بيع حصته اتفاقاً كما بسطه المصنف في فتاويه. ثم الظاهر أن البيع ليس بقيد، بل المراد الإخراج عن الملك ولو بهبة أو وصية، وتمامه في [الرسالة المباركة، في الأشياء المشتركة] وهي نافعة لمن ابتلي بالإفتاء.

الأشجار. وفي نسخة «لا يضرهما» بضمير التثنية: أي لا يضر الشريك والمشتري. قوله: (وللمشتري أن يقطع) أي بعد القسمة ط. قوله: (وفي النوازل) هو عين ما في الفتاوى ط لكن أعاده، لأن فيه التصريح بقوله: «بلا أرض» وبقوله: «بلا إذن شريكه».

ومفاده أنه لو باع نصيبه من الأرض والشجر يصح، وإن لم يبلغ أوان القطع لأنه ليس لأحدهما أن يطالب شريكه بالقلع، لأن ما تحته ملكه فلا يتضرر أحدهما كما في أنفع الوسائل عن المحيط، وأنه لو باع بإذن شريكه أو من الشريك نفسه أنه يصح أيضاً، وتقدم الكلام عليه. قوله: (وفيها الخ) هي مسألة الواقعات ط. قوله: (والاختلاط بلا صنع من أحدهما) كما إذا انشق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم ط عن الشلبي. قوله: (لعدم شيوع الشركة الخ) يشير إلى الفرق الذي قدمناه عن الفتح والبحر. قوله: (حيث يصح بيع حصته) أي من غير شريكه ط. قوله: (كما بسطه المصنف في فتاويه) حاصل ما بسطه، هو ما قدمناه من ذكر الفرق بين المشترك بالخلط والاختلاط والمشترك بغيرهما كإرث ونحوه وأنه لا يشترط في صحة البيع الإفراز عند التسليم لاتفاقهم على صحة بيع مشاع لا يمكن إفرازه كالحمام والطاحون والعبد والدابة. قوله: (ثم الظاهر أن البيع) أي الواقع في قول المصنف: فيصح له بيع حصته الخ، وهذا مأخوذ من البحر، لكن إخراج المشترك عن الملك بهبة يشترط له كونه غير قابل للقسمة كبيت صغير وحمام وطاحون أما قابلها فلا يصح ما لم يقسم فيصير كالمشترك بخلط أو اختلاط، وبعد القسمة لا حاجة إلى إذن الشريك. تأمل. قوله: (وتمامه في الرسالة المباركة إلى قوله: وأما الانتفاع) ساقط من بعض النسخ. قال في النهر: وباقي الأحكام في الأشياء المشتركة بناه مسطوفي في [الرسالة المباركة في الأشياء المشتركة] فعليك بها تزدد بها بهاء، فإنها لمن ابتلى بالإفتاء نافعة، وأنوار القبول عليها ساطعة.

وزاد الزواني الشفعة أيضاً، فراجعه. وأما الانتفاع به بقية شريكه ففي بيت وخادم

قوله: (وزاد الزواني) أي محشي الدرر حيث قال: قوله إلا في صورة الخلط والاختلاط اعترض عليه بأنه ينبغي أن يشير إلى استثناء صورة الشفعة أيضاً، فإنهما لو ورثا أرضاً لا يجوز أن يبيع أحد الوارثين حصته من الأرض من غير شريكه إلا بإذنه، ولا يخفى أن هذه الصورة غير خارجة عن صورة الاختلاط بعد، وفيه تأمل. بل هذه الصورة من الشركة بسبب جبري، فإذا آلت إليهما بالإرث جاز لكل التصرف في حصته وإن كان لشريكه الشفعة ط.

قلت: ويؤيده أن قوله إلا في صورة الخلط والاختلاط استثناء من صحة البيع بلا إذن الشريك.

وحاصله توقف الصحة على إذن الشريك، وهذا لا يتأتى في الشفعة، فإن بيع الحصة من الدار صحيح وإن كان للشريك حق التملك بالشفعة، فإنه إذا ادعى الشفعة يتملكها ملكاً جديداً، وإن سكت يبقى ملك المشتري على حاله سواء أذن أو لا. قوله: (وأما الانتفاع الخ) محترز قوله عن تصرف مضر. قوله: (ففي بيت وخادم الخ) قال في جامع الفصولين: وفي الكرم يقوم عليه، فإذا أدرك الثمر يبيعه ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب، فإذا قدم الغائب أجاز بيعه أو ضمنه القيمة، ولو أدى الخراج فمتبرع. أرض بينهما زرع أحدهما كلها: تقسم الأرض بينهما، فما وقع في نصيبه أقره، وما وقع في نصيب شريكه أمر بقلعه وضمن نقصان الأرض، هذا إذا لم يدرك الزرع؛ فلو أدرك أو قرب يغرم الزارع لشريكه نقصان نصفه لو انتقصت، لأنه غاصب في نصيب شريكه اهـ.

قلت: هذا إذا كان الشريك حاضراً كما قيده في الخانية، لأن قسمة الأرض لا تكون مع الغائب، ولأنه لا يكون غاصباً في صورة الغيبة، وإلا لم يكن له زراعتها، نعم يمكن كونه غاصباً لو كانت الزراعة تنقصها، لقوله في الفصولين: ويفتى بأنه لو علم أن الزرع ينفع الأرض ولا ينقصها فله أن يزرع كلها، ولو حضر الغائب فله أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة لرضا الغائب في مثله دلالة؛ ولو علم أن الزرع ينقصها أو الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس للحاضر أن يزرع فيها شيئاً أصلاً، إذ الرضا لم يثبت، وكذا لو مات أحدهم فللشريك أن يزرع اهـ.

قلت: وفي القنية لا يلزم الحاضر في الملك المشترك أجرة وليس للغائب استعماله بقدر تلك المدة، لأن المهايأة بعد الخصومة اهـ. وهذا موافق لما سيأتي آخر الباب عن المنظومة المحبية، لكنه خلاف ما مر ولما ذكره في تنوير البصائر عن العتابية أن الدار كالأرض وأن للغائب أن يسكن مثل ما سكن شريكه، وأن المشايخ

وأرض ينتفع بالكل إن كانت الأرض ينفعها الزرع وإلا لا. بحر. بخلاف الدابة ونحوها، وتمامه في الفصل الثالث والثلاثين من الفصولين (وشركة عقد) أي واقعة بسبب العقد قابلة للوكالة.

(وركنها) أي ماهيتها (الإيجاب والقبول) ولو معنى؛ كما لو دفع له ألفاً وقال أخرج مثلها واشتر والربح بيننا.

(وشرطها) أي شركة العقد (كون المعقود عليه قابلاً للوكالة) فلا تصح في

استحسنوا ذلك، وهكذا روي عن محمد، وعليه الفتوى اهـ. وسيأتي تمامه في الغصب. قوله: (ينتفع بالكل) في الخانية: للحاضر أن يسكن كل الدار بقدر حصته، وفي رواية: له أن يسكن منها قدر حصته، ولو خاف أن تخرب الدار له أن يسكن كلها.

والفرق بين الروايتين أن الرواية المشهورة أنه لو كان له نصف الدار مثلاً يسكنها كلها مدة بقدر حصته كنصف سنة ويتركها نصف سنة. وعلى الرواية الثانية يسكن نصفها فقط، وهذا إذا لم يخف خرابها بالترك، فلو خاف يسكنها كلها دائماً. وذكر في الفصولين وكذا في الخادم: يستخدمه الحاضر بحصته، ومقتضاه أنه يستخدمه يوماً ويتركه يوماً بقدر حصة الغائب، فإطلاق الشارح في محل التقييد. قوله: (بخلاف الدابة) لتفاوت الناس في الركوب لا السكنى والاستخدام فصولين، وهذا ظاهر إذا كان يسكن وحده؛ أما لو كان له أولاد وعيال كثيرون لا شك أن السكنى تتفاوت أكثر من الركوب، وكذا الاستخدام يتفاوت بكثرة الأعمال والأشغال، فليتأمل. وأفاد في شرح الوهبانية أن المنع في الركوب خاصة لا في غيره كالحرث ونحوه. قوله: (أي واقعة بسبب العقد) أشار به إلى أن الإضافة من الإضافة إلى السبب وهي أقوى الإضافات، وقد سلف عن الكمال أن الإضافة للبيان ط. قوله: (قابلة للوكالة) يغني عنه قول المصنف بعد «وشرطها كون المعقود عليه قابلاً للوكالة» ط. قوله: (الإيجاب والقبول) كأن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقبل الآخر، ولفظ كذا كناية عن الشيء أعم من أن يكون خاصاً كالبز والبقل، أو عاماً كما إذا شاركه في عموم التجارات. بحر. قوله: (ولو معنى) يرجع إلى كل من الإيجاب والقبول ط. قوله: (كما لو دفع له ألفاً) أي وقبل الآخر وأخذها وفعل انعقدت الشركة. بحر. وقوله وأخذها عطف تفسير، لأن المراد القبول معنى وهو بنفس الأخذ.

مَطْلَبٌ: شِرْكَةُ العَقْدِ

قوله: (وشرطها الخ) أفاد أن كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو

مباح كاحتطاب **(وعدم ما يقطعها كشرط دراهم مسماة من الربح لأحدهما)** لأنه قد لا يربح غير المسمى **(وحكمها الشركة في الربح، وهي)** أربعة: مفاوضة، وعنان، وتقبل، ووجوه؛ وكل من الأخيرين يكون مفاوضة وعناناً كما سيجيء **(إما مفاوضة)** من التفويض، بمعنى المساواة في كل شيء

الاشتراك في الربح، إذ لو لم يكن كلّ منهما وكيلاً عن صاحبه في التصرف وأصيلاً في الآخر لا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص المشتري بالمشترى. فتح. قوله: **(كاحتطاب)** واحتشاش واصطياد ونحوه؛ فإن الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب. فتح.

قوله: **(وحكمها الشركة في الربح)** الواو للحال، أي فيلزم انتفاء حكمها لو لم يربح غير المسمى، ويحتمل كون الواو للعطف على قوله: «وشرطها».

مطلب: اشتراط الربح متفاوتاً صحيح، بخلاف اشتراط الخسران

تنبيه: ويندب الإشهاد عليها، وذكر محمد كيفية كتابتها فقال: هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة، ثم يبين قدر رأس مال كل منهما، ويقول ذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعاً وشتى، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة؛ وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة، إلا أن بعض العلماء يقول: لا يملكه إلا بالتصريح به، ثم يقول: فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما، وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك، ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل، واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سيذكر. فإن اشترطا التفاوت فيه كتباه كذلك، ويكتب التاريخ كي لا يدعي أحدهما لنفسه حقاً فيما اشتراه الآخر قبل التاريخ. فتح. قوله: **(وهي)** أي شركة العقد، وقوله: «أربعة» خبر عنه. وقول المصنف «إما مفاوضة» مع ما عطف عليه بدل منه. تأمل.

قوله: **(وكل من الأخيرين)** أي التقبل والوجوه فهي حينئذ ستة ولا يخفى ما فيه من الركاكة فكان عليه أن يقول وهي ستة: شركة بالمال وبالأعمال وبوجوه، وكل إما مفاوضة أو عنان كما قال الشيخان الطحاوي والكرخي، وجرى عليه الزيلعي وغيره؛ نعم ما فعله الشارح حسن من حيث إن قول المصنف إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل قوله بعده: «وإما تقبل وإما وجوه» فقد دفع ما يوهمه كلامه من أن الأخيرين لا يكونان مفاوضة ولا عناناً، فافهم. وسنذكر أن شروط المفاوضة في المواضع الثلاثة عامة، وأن الظاهر أنه في الأخيرين عام.

مطلب: في شركة المفاوضة

قوله: **(من التفويض)** أي من الفوض الذي منه فاض الماء: إذا عم. فتح. ولذا

(إن تضمنت وكالة وكفالة) لصحة الوكالة بالمجهول ضمناً لا قصداً **(وتساويا مالاً)** تصح به الشركة، وكذا ربحاً كما حققه الواني **(وتصرفاً وديناً)** لا يخفى أن التساوي في التصرف يستلزم التساوي في الدين. وأجازها أبو يوسف مع اختلاف الملة مع الكراهة **(فلا تصح)** مفاوضة وإن صحت عناناً **(بين حرّ وعبد)** ولو مكاتباً أو مأذوناً **(وصبي وبالغ ومسلم وكافر)** لعدم المساواة.

قال في الهداية: لأنها شركة عامة في جميع التجارات. وفي القاموس: المفاوضة الاشتراك في كل شيء: المساواة اهـ. لكنها في الاصطلاح أخص لأنه لا يلزم فيها مساواتهما في العقار والعروض كما أفاده ط. قوله: **(إن تضمنت وكالة وكفالة)** أي بأن يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه خانية. وقد اعترض ذكر الوكالة بأنه لا فائدة فيه لأنه لا يختص بالمفاوضة، وأجاب في النهر بأنه لا بدع في ذكر شرط الشيء وإن كان شرطاً لآخر اهـ. على أن الشرط مجموع الوكالة والكفالة، وهذا خاص بالمفاوضة. قوله: **(لصحة الوكالة بالمجهول ضمناً)** جواب عما أورد من أن الوكالة بالمجهول لا تصح.

وأورد أيضاً أن الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له وهو هنا مجهول. وأجيب بمثل ما أجاب به الشارح فكان عليه أن يذكر الكفالة أيضاً، لكن قال في البحر عقب الجواب المذكور: على أن الفتوى في الكفالة على الصحة، أي بلا توقف على القبول. وسبقه إلى هذا في الدرر. فالاعتراض بها ساقط من أصله فلذا لم يذكرها الشارح. لكن فيه اشتباه، وهو أن الواقع هنا جهالة المكفول له. ولا خلاف في أن العلم به شرط، وإنما الخلاف في اشتراط قبول الكفالة، فقيل يشترط وعليه المتون وصححوه، وقيل غير شرط وصحح أيضاً. قوله: **(تصح به الشركة)** صفة لقوله: مالاً احترز به عما لو اختص أحدهما بملك عرض أو عقار كما يأتي أو دين كما في الخانية: أي قبل قبضه، فلو قبضه بطلت وانقلبت عناناً، إذ تشترط المساواة ابتداء وبقاء كما يأتي. قوله: **(كما حققه الواني)** أخذاً من كونها عبارة عن المساواة في جميع ما تتعلق به الشركة. وقال: فلذا لم يتعرضوا له.

قلت: في الخانية ويشترط المساواة في الربح أيضاً. قوله: **(يستلزم في الدين)** لأن الكافر إذا اشترى خمراً أو خنزيراً لا يقدر المسلم أن يبيعه وكالة من جهته، فيفوت شرط التساوي في التصرف. ابن كمال. قوله: **(مع الكراهة)** لأن الكافر لا يهتدي إلى الجائز من العقود. زيلعي. قوله: **(ومسلم وكافر)** أفاد أنها تصح بين ذميين كنصراني ومجوسي كما في الخانية. قوله: **(لعدم المساواة)** فإن العبد لا يملك التصرف والكفالة إلا بإذن المولى، بخلاف الحر والصبي لا يملك الكفالة أصلاً ويملك التصرف بإذن

وأفاد أنها لا تصح بين صبيين لعدم أهليتهما للكفالة ولا مأذونين لتفاوتهما قيمة (وكل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً) كما مر (لاستجماع شرائطه) كما سيتضح.

(وتصح) المفاوضة (بين حنفي وشافعي) وإن تفاوتا تصرفاً في متروك التسمية لتساويهما ملة، وولاية الإلزام بالحجة ثابتة (ولا تصح إلا بلفظ المفاوضة) وإن لم يعرفا معناها. سراج (أو بيان) جميع (مقتضياتها) إن لم يذكر لفظها، إذ

الولي، بخلاف البالغ والكافر يقدر على تمليك الخمر وتملكها، بخلاف المسلم. أفاده في الدر والنهر. وفي عبارة ح هنا سقط فتنبه. قوله: (وأفاد) أي بالدلالة الأولوية قوله: (لعدم أهليتهما للكفالة) أي ولو بإذن الولي. نهر. قوله: (ولا مأذونين) ولا مكاتبين نهر ولا بين حر ومكاتب، ولا بين مجنون وعاقل. ح عن الهندية. قوله: (لتفاوتهما قيمة) أي قيمتهما وإن كانا أهلاً للكفالة بالإذن، إلا أنهما يتفاضلان فيها لأنهما يتفاوتان قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلاً بجميع ما لزم صاحبه. نهر. لأنه إذا استغرق الدين رقبتهما يتعلق بقيمتهما فيلزم مطالبة الأكثر قيمة بأكثر من الآخر. قوله (ولا يشترط ذلك في العنان) جملة حالية احترز بها عما يشترط في العنان أيضاً كعدم اشتراط دراهم معلومة من الربح لأحدهما فلا تكون عناناً أيضاً. قوله: (كما مر) في قوله: «وإن صحت عناناً» ح. قوله: (لاستجماع شرائطه) أي شرائط العنان. قوله: (كما سيتضح) أي في قوله: «فتصح من أهل التوكيل وإن لم يكن أهلاً للكفالة» ح. قوله: (لتساويهما ملة الخ) جواب عما استدل به لأبي يوسف على جوازها بين مسلم وكافر بإبداء الفارق. قال في الفتح: وأما الحنفي والشافعي فالمساواة بينهما ثابتة، لأن الدليل على كونه ليس مالاً متقوماً قائم، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي اهـ: أي بخلاف الكافر، فإن الدليل على منع بيع الخمر والخنزير وإن كان قائماً لكنه لم يلتزم ملتنا حتى تلزمه بالدليل. قوله: (وإن لم يعرفا معناها) لأن لفظها علم على تمام المساواة في أمر الشركة، فإذا ذكراه تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى. فتح. قوله: (أو بيان جميع مقتضياتها) بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان: شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة، وعلى أن كلاً ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع. فتح.

مَطْلَبٌ: فِيمَا يَقَعُ كَثِيراً فِي الفَلَّاحِينَ مِمَّا صُورَتُهُ شَرِكَةُ مُفَاوَضَةٍ

تنبيه: يقع كثيراً في الفلاحين ونحوهم أن أحدهم يموت فتقوم أولاده على تركته بلا قسمة ويعملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة ونحو ذلك، وتارة يكون

العبرة للمعنى لا للمبنى. وإذا صحت (**فما اشتراه أحدهما يقع مشتركاً إلا طعام أهله وكسوتهم**) استحساناً، لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال، وأراد بالمستثنى ما كان من حوائجه ولو جارية للوطء بإذن شريكه كما يأتي (**وللبائع مطالبة أيهما شاء بثمنهما**) أي الطعام والكسوة (**ويرجع الآخر**) بما أدى (**على المشتري بقدر حصته**) إن أدى من مال الشركة

كبيرهم هو الذي يتولى مهماتهم ويعملون عنده بأمره، وكل ذلك على وجه الإطلاق والتفويض، لكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها مع كون التركة أغلبها أو كلها عروض لا تصح فيها شركة العقد، ولا شك أن هذه ليست شركة مفاوضة، خلافاً لما أفتى به في زماننا من لا خبرة له، بل هي شركة ملك كما حررته في تنقيح الحامدية. ثم رأيت التصريح به بعينه في فتاوى الحانوتي. فإذا كان سعيهم واحداً ولم يتميز ما حصله كل واحد منهم بعمله يكون ما جمعوه مشتركاً بينهم بالسوية، وإن اختلفوا في العمل والرأي كثرة وصواباً، كما أفتى به في الخيرية، وما اشتراه أحدهم لنفسه يكون له ويضمن حصة شركائه من ثمنه إذا دفعه من المال المشترك، وكل ما استدانه أحدهم يطالب به وحده.

وقد سئل في الخيرية من كتاب الدعوى عن إخوة أشقاء عائلتهم وكسبهم واحد وكل مفوض لأخيه جميع التصرفات ادعى أحدهم أنه اشترى بستاناً لنفسه. فأجاب: إذا قامت البينة على أنه من شركة المفاوضة تقبل وإن كتب في صك التبايع أنه اشترى لنفسه اهـ ملخصاً. ويأتي تمام الكلام في أول الفصل الآتي. قوله: (**استحساناً**) والقياس أن يكون الطعام المشتري والكسوة المشتراة بينهما لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناوله عقد الشركة. زيلعي. قوله: (**لأن المعلوم الخ**) لأن كلاً منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولا يتمكن من تحصيل حاجته إلا بالشراء فصار كل منهما مستثنياً هذا القدر من تصرفه، والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط. درر. قوله: (**ما كان من حوائجه**) شمل شراء بيت السكنى والاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الإدام. بحر. قوله: (**ولو جارية للوطء**) لكن هنا لا يرجع شريكه عليه بشيء من ثمنها المؤدي من مال الشركة. قوله: (**كما يأتي**) أي في الفصل الآتي. قوله: (**أيهما شاء**) أي المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة. درر. قوله: (**بما أدى**) الأولى حذفه ليشمل ما لو أدى المشتري؛ نعم يفهم ذلك دلالة. وفي ط عن الشلبي قال في الينابيع: وإن نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة لأنه فضل مال شريكه، والفضل في المال يبطل المفاوضة. قوله: (**بقدر حصته**) بدل من قوله: بما أدى. قوله: (**إن أدى من مال الشركة**) وإن أدى من غيره وهو ملك له لا يرجع

(وكل دين لزم أحدهما بتجارة) واستقراض (وغصب) واستهلاك (وكفالة بمال بأمره لزم الآخر ولو) لزومه (بإقراره) إلا إذا أقر لمن لا تقبل شهادته له ولو معتدته

بطلت المفاوضة إن كان من جنس ما تصح فيه الشركة، لأنه بدخوله في ملكه زاد ماله، وإلا فلا تبطل، كما إذا دفع عرضاً كما لا يخفى ط. قوله: (وكل دين لزم أحدهما الخ) يستثنى ما إذا كان الدائن الشريك؛ لما في الظهيرية: لو باع أحدهما من صاحبه ثوباً ليقطعه قميصاً لنفسه أو أمة ليطأها أو طعاماً لأهله جاز البيع، بخلاف ما إذا باعه شيئاً من الشركة لأجل التجارة اهـ. ففي صورة الجواز لزمه الثمن ولم يلزم شريكه. أفاده في البحر.

قلت: ويكون الثمن نصفه له ونصفه لشريكه كما ذكره الحاكم في الكافي، وإنما جاز البيع لأن ذلك مما يختص به المشتري، فلا يقع مشتركاً بينهما حيث اشتراه لنفسه، بخلاف ما إذا اشتراه للتجارة فإنه لا يصح لأنه لا يفيد، إذ لو صح عاد مشتركاً بينهما كما كان، ولهذا قال في الكافي: وإن كان لأحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة جاز وكان بينهما اهـ. ووجهه أن الشراء هنا مفيد لأنه لم يكن مشتركاً قبل الشراء، هذا ما ظهر لي. قوله: (بتجارة كثمن المشتري في بيع جائز وقيمته في فاسد، سواء كان مشتركاً أو لنفسه، وأجرة ما استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة، وكذا مهر المشتراة الموطوءة لأحدهما إذا استحقت، فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر لأنه وجب بسبب التجارة، بخلاف المهر في النكاح) بحر. قوله: (واستقراض) هو ظاهر الرواية، وليس لأحدهما الإقراض في ظاهر الرواية. بحر. وسيأتي تمام الكلام عليه. قوله: (وغصب) المراد به ما يشبه ضمان التجارة، فيدخل فيه الاستهلاك والوديعة المجحودة أو المستهلكة، وكذا العارية، لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فيصير في معنى التجارة بحر. وعليه فالأولى أن يقول بتجارة أو ما يشبهها كاستقراض وغصب الخ، ويخرج ما لا يشبه ضمان التجارة كمهر وبدل خلع أو جناية كما يأتي. قوله: (وكفالة بمال بأمره) هذا قول الإمام. وقالا: لا يلزم الآخر لأنها تبرع، وله أنها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، لأن للكفيل تضمين المكفول عنه لو كانت بأمره، بخلاف كفالة النفس ولأنها تبرع ابتداء وانتهاء، وكذا كفالة المال بلا أمره فلا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة، تمامه في الفتح. قوله: (ولو لزومه) أي لزوم ما ذكر من الثلاثة بإقراره. أي فإنه يكون عليهما، لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه. بحر عن المحيط. وسنذكر في الفروع أن إقراره بالاستقراض يلزمه خاصة، ويأتي تمامه، وما ذكره من لزومه بالإقرار في شركة المفاوضة؛ أما العنان فلا يمضي إقراره على شريكه بل على نفسه على تفصيل ستذكره عند قول المصنف: فلا إقراره بدين. قوله: (لمن لا تقبل شهادته له) كأصوله وفروعه وامرأته. وعندهما يلزم شريكه أيضاً إلا لعبده ومكاتبه. بحر. قوله: (ولو معتدته) أي من

فيلزمه خاصة كمهر وخلع وجناية وكل ما لا تصح الشركة فيه (و) فائدة اللزوم أنه **(إذا ادعى على أحدهما فله تحليف الآخر)** ولو ادعى على الغائب له تحليف الحاضر على علمه، ثم إذا قدم له تحليفه البتة ولولوالجية **(وبطلت إن وهب لأحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة)** مما مر ووصل لبده ولو بصدقة أو إيصاء لفوات

نكاح، فلو أعتق أم ولده ثم أقرّ لها بدين يلزمهما وإن كانت في عدته، لأن شهادته لها جائزة، بخلاف المعتدة عن نكاح في ظاهر الرواية. بحر. قوله: **(وخلع)** على تقدير مضاف: أي بدل خلع، كما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع آخر ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها، وكذا لو أقرت ببدل الخلع. فتح. قوله: **(وجناية)** أي أرش جناية على الآدمي، أما الجناية على الدابة أو الثوب فيلزم شريكه في قول الإمام ومحمد، لما أنه يملك المجني عليه بالضمان. نهر عن الحدادي. قوله: **(وكل ما لا تصح الشركة فيه)** كالصلح عن دم العمد وعن النفقة. بحر. قوله: **(وفائدة اللزوم الخ)** بيان لوجه الفرق بين ما يلزم أحد الشريكين بمباشرة الآخر وما لا يلزمه. قوله: **(إنه إذا ادعى على أحدهما)** أي ادعي عليه بيعاً أو نحوه فله تحليف الآخر: أي الذي لم يباشر العقد، لكن يحلف المباشر على البت: أي القطع بأن يحلف إني ما بعتك مثلاً لأنه فعل نفسه ويحلف الآخر على العلم، بأن يحلف إني لا أعلم أن شريكي باعك، وإنما يحلف الآخر لأن الدعوى على أحدهما دعوى عليهما. قال في البحر: ولو ادعى عليهما يستحلف كل واحد البتة، لأن كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه، فأيهما نكل عن اليمين يمضي الأمر عليهما، لأن إقرار أحدهما كإقرارهما اهـ. وهذا لو كان كل من المدعى عليهما مباشرين كما يفيده التعليل، فلو كان المباشر أحدهما يحلف الآخر على العلم لأنه فعل غيره كما لا يخفى. قوله: **(ولو ادعى على الغائب)** أي على فعل الغائب، بأن ادعى على الحاضر بأن شريكك الغائب باعني كذا. قوله: **(له تحليف الحاضر على علمه)** لأنه فعل غيره. بحر. قوله: **(له تحليفه البتة)** لأنه يستحلفه على فعل نفسه. بحر. قال ح: أي اليمين البتة، فالبتة قائم مقام المفعول المطلق المحذوف قيام الصفة مقام الموصوف اهـ. قال في البحر: ولو ادعى على أحدهما أرش جراحة خطأ واستحلفه البتة لم يكن له تحليف الآخر، وكذا المهر والخلع والصلح عن دم العمد، لأن هذه الأشياء غير داخلة تحت الشركة فلا يكون فعل أحدهما كفعلهما. قوله: **(وبطلت إن وهب الخ)** لو قال: وبطلت إن ملك أحدهما الخ، لكان أخصر وأفود لشموله ما ذكره الشارح من الصدقة والإيصاء. ط عن أبي السعود. قوله: **(مما مر)** أي في قوله: «ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين الخ» ط. قوله: **(ووصل لبده)** مقتضاه اشتراط ذلك في الموروث أيضاً. ورده في الشرنبلالية بأن الملك حصل بمجرد موت المورث اهـ ح. وهو محمول على النقد العين، بخلاف الدين لقول

المساواة بقاء وهي شرط كالابتداء (لا) تبطل بقبض (ما: لا تصح فيه) الشركة (كعرض وعقار، ن) إذا بطلت بما ذكر (صارت عناناً) أي تنقلب إليها.

(ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر فيهما المال وإلا فهما تقبل ووجوه (بغير النقدين والفلوس النافقة والتبر والنقرة) أي ذهب وفضة لم يضربا (إن جرى) مجرى النقود (التعامل بهما) وإلا فكعروض (وصحت بعرض) هو المتاع غير النقدين ويحرك. قاموس (إن باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقداها) مفاوضة أو عناناً، وهذه حيلة لصحتها بالعروض

الزيلعي. ولو ورث أحدهما ديناً وهو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى تقبض لأن الدين لا تصح الشركة فيه. أفاده ط عن أبي السعود. قوله: (كعرض) أدخلت الكاف الديون فإنها لا تبطل بها إلا بالقبض. ط عن البحر. قوله: (بما ذكر) أي بملك أحدهما ما تصح فيه الشركة ط. قوله: (صارت عناناً) لعدم اشتراط المساواة فيها. ط عن المنح. قوله: (ذكر فيهما المال) لا حاجة إليه لأن الكلام في شركة الأموال اهـ ح: أي لما قدمنا من أن قوله: «إما مفاوضة وإما عنان» خاص بشركة المال بدليل عطفه عليه قوله: «وتقبل ووجوه». وقد تابع الشارح النهر والدرر. قوله: (بغير النقدين) فلا تصحان بالعرض ولا بالمكيل والموزون والعدد المتقارب قبل الخلط بجنسه، وأما بعده فكذلك في ظاهر الرواية فيكون المخلوط شركة ملك وهو قول الثاني. وقال محمد: شركة عقد، وأثر الخلاف يظهر في استحقاق المشروط من الربح، وأجمعوا أنها عند اختلاف الجنس لا تنعقد. نهر. قوله: (والفلوس النافقة) أي الرائجة، وكان يغني عنه ما بعده من التقييد بجريان التعامل، والجواز بها هو الصحيح لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده. نهر. قوله: (والتبر والنقرة) في المغرب: التبر ما لم يضرب من الذهب والفضة، والنقرة القطعة المذابة منهما اهـ. زاد في المصباح: وقيل الذوب هي التبر، فما ذكره الشارح يصلح تفسيراً لهما لأخذ عدم الضرب في كل منهما، لكن الفرق بينهما أن التبر لم يذب في النار. تأمل. قوله: (إن جرى التعامل بهما) قيد بذلك زيادة على ما في الكنز ليوافق الرواية المصححة كما أوضحه في البحر. قوله: (وصحت) أي شركة الأموال سواء كانت مفاوضة أو عناناً بقرينة قوله: «ثم عقداها مفاوضة أو عناناً» ط. قوله: (إن باع كلٌّ منهما الخ) لأنه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما التصرف. زيلعي. قوله: (بنصف عرض الآخر) وكذا لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العرض الذي باعه جاز أيضاً. زيلعي وبحر. وقوله: «الذي باعه» يعني الذي باع نصفه بالدراهم.

وهذا إن تساويا قيمة، وإن تفاوتا باع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة ابن كمال، فقوله بنصف عرض الآخر اتفاقي (ولا تصح بمال غائب أو دين مفاوضة كانت أو عناناً)

قوله: (وهذا) أي بيع النصف بالنصف. قوله: (بقدر ما تثبت به الشركة) أوضحه في النهاية بأن تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة، فإنه يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما اهـ. ورده الزيلعي بأن هذا العمل غير محتاج إليه، لأنه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وإن تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين، وكذا العكس جائز، وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت، بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر. فعلم بذلك أن قوله: باع نصف ماله الخ وقع اتفاقاً أو قصداً ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان، لأن المفاوضة شرطها التساوي، بخلاف العنان اهـ. وأقره في البحر ولا يخفى ما فيه، فإن ما صوره في النهاية هو الواقع عادة لأن صاحب الأربعمائة مثلاً لا يرضى في العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض صاحب المائة حتى يصير العرضان بينهما نصفين وإن أمكن ذلك، لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف، ولذا حملوا ما في المتون من بيع النصف بالنصف على ما إذا تساوت قيمة، فافهم. قوله: (اتفاقي) أي لم يقصد ذكره لفائدة، وقد علمت أن فائدته موافقته للعادة وشموله للمفاوضة: أي نصاً، بخلاف ما إذا قال باع بعض عرضه ببعض عرض الآخر، فإنه وإن شمل المفاوضة أيضاً لكن لا يشملها إلا إذا أريد بالبعض النصف دون الأقل والأكثر فافهم، نعم هو اتفاقي بالنظر إلى جواز بيع بعضه بالدراهم كما مر.

مطلب: لا تصح الشركة بمال غائب

قوله: (ولا تصح بمال غائب) بل لا بد من كونه حاضراً، والمراد حضوره عند الشراء لا عند عقد الشركة، فإنه لو لم يوجد عند عقدها يجوز، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفاً وقال أخرج مثلها واشتر بها والربح بيننا أنصافاً ولم يكن المال حاضراً وقت الشركة فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز. بحر عن البزازية. ومثله في الفتح وغيره، لكن نقل في البحر أيضاً عن القنية ما يفيد فسادها بالافتراق بلا دفع ثم انعقادها وقت حضور المال.

فرع: دفع إلى رجل ألفاً وقال اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشراء وبعده ضمن المشتري النصف. بحر عن الذخيرة.

قلت: ووجهه أنه لما أمره بالشراء نصفين صار مشترياً النصف وكالة عن الآمر والنصف أصالة عن نفسه وقد أدى الثمن من مال الآمر فيضمن حصة نفسه، والظاهر

لتعذر المضي على موجب الشركة.

(وإما عنان) بالكسر وتفتح (إن تضمنت وكالة فقط) بيان لشرطها (فتصح من أهل التوكيل) كصبي ومعتوه يعقل البيع (وإن لم يكن أهلاً للكفالة) لكونها لا تقتضي الكفالة بل الوكالة (و) لذا (تصح) عاماً وخاصاً ومطلقة ومؤقتاً

أن هذه شركة ملك لا شركة عقد كما سيتضح قبيل الفروع وليست مضاربة لما قلنا، فتنبه لذلك فإنه يقع كثيراً. قوله: (على موجب الشركة) أي من البيع والشراء بالمال والربح به.

مَطْلَبٌ: فِي شَرِكَةِ العِنَانِ

قوله: (وإما عنان) مأخوذ من عن كذا: عرض: أي ظهر له أن يشاركه في البعض من ماله، وتمامه في النهر. قوله: (من أهل التوكيل) أي توكيل غيره، فتصح من الصبي المأذون بالتجارة، وفي حكمه المعتوه. قوله: (لكونها لا تقتضي الكفالة) أي بخلاف المفاوضة كما مر، فلو ذكر الكفالة مع توفر باقي شروط المفاوضة انعقدت مفاوضة، وإن لم تكن متوفرة كانت عناناً ثم هل تبطل الكفالة؟ يمكن أن يقال تبطل وأن يقال لا تبطل، لأن المعتبر فيها: أي في العنان عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها. قال في الفتح: ترقد يرجح الأول بأنه كفالة بمجهول فلا تصح إلا ضمناً، فإذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصداً اهـ. نهر.

قلت: لكن في الخانية: ولا يكون في شركة العنان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه إذا لم يذكر الكفالة بخلاف المفاوضة اهـ. ومقتضاه أنه يكون كفيلاً إذا ذكر الكفالة، وهذا ترجيح للاحتمال الثاني، ولعل وجهه أن الكفالة متى ذكرت في عقد الشركة تثبت تبعاً لها وضمناً لا قصداً، لأن الشركة لا تنافي الكفالة بل تستدعيها، لكنها لا تثبت فيها إلا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة أو بذكرها في العقد. تأمل. قوله: (ولذا) أي لكونها لا تقتضي الكفالة، ومقتضاه أنها لو اقتضتها لم تصح خاصة: أي في نوع من أنواع التجارة ولا مؤقتة بوقت خاص. قال ح: وهذا يقتضي أن المفاوضة لا تكون خاصة مع أنها تكون كما صرح به في البحر اهـ.

مَطْلَبٌ: فِي تَوْقِيتِ الشَّرِكَةِ رِوَايَتَانِ

ثم إذا وقتها فهل تتوقت بالوقت حتى لا تبقى بعض مضيه؟ فيه روايتان كما في توقيت الوكالة، وتمامه في البحر عن المحيط ولم يذكر ترجيحاً، وجزم في الخانية بأنها تتوقت حيث قال: والتوقيت ليس بشرط لصحة هذه الشركة والمضاربة، وإن وقتا لذلك وقتاً بأن قال ما اشتريت اليوم فهو بيننا صح التوقيت، فما اشتراه بعد اليوم يكون

و (مع التفاضل في المال دون الربح وعكسه، وببعض المال دون بعض، وبخلاف الجنس كدنانير) من أحدهما (ودراهم من الآخر، و) بخلاف (الوصف كبيض

فللمشتري خاصة. وكذا لو وقت المضاربة لأنها والشركة توكيل والوكالة مما يتوقت اهـ. لكن سيذكر الشارح في كتاب الوكالة عن البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل في العشرة وبعدها في الأصح. تأمل. قوله: (ومع التفاضل في المال دون الربح) أي بأن يكون لأحدهما ألف وللآخر ألفان مثلاً واشترطا التساوي في الربح، وقوله «وعكسه» أي بأن يتساوى المالان ويتفاضلا في الربح، لكن هذا مقيد بأن يشترط الأكثر للعامل منهما أو لأكثرهما عملاً، أما لو شرطاه للقاعد أو لأقلهما عملاً، فلا يجوز كما في البحر عن الزيلعي والكمال.

قلت: والظاهر أن هذا محمول على ما إذا كان العمل مشروطاً على أحدهما.

وفي النهر: اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما إن تساويا مالاً وتفاوتا ربحاً جاز عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر، والربح بينهما على ما شرطا وإن عمل أحدهما فقط؛ وإن شرطاه على أحدهما؛ فإن شرطا الربح بينهما بقدر رأس مالهما جاز، ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته؛ وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضاً على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة؛ ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبداً. هذا حاصل ما في العناية اهـ. ما في النهر.

قلت: وحاصل ذلك كله أنه إذا تفاضلا في الربح، فإن شرطا العمل عليهما سوية جاز: ولو تبرع أحدهما بالعمل وكذا لو شرطا العمل على أحدهما وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله أو أكثر ولو كان الأكثر لغير العامل أو لأقلهما عملاً لا يصح، وله ربح ماله فقط، وهذا إذا كان العمل مشروطاً كما يفيده قوله: «إذا شرطا العمل عليهما الخ» فلا ينافي ما ذكره الزيلعي في كتاب المضاربة من أنه إذا أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب أقرضه كله إلا درهماً منه وسلمه إليه وعقد شركة العنان ثم يدفع إليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض، فإن ربحا كان بينهما على ما شرطا، وإن هلك هلك عليه اهـ. ورأيت مثله في آخر مبسوط السرخسي.

ووجه عدم المنافاة أن العمل هنا لم يشرط على أحد في عقد الشركة بل تبرع به المستقرض، فيجوز لصاحب الدرهم الواحد أن يأخذ من الربح بقدر ما شرط من نصف أو أكثر أو أقل وإن لم يكن عاملاً، ويؤيد هذا التوفيق ما ذكره في البحر قبيل كتاب الكفالة في بحث ما لا يبطل بالشرط الفاسد، حيث قال ما نصه: قوله والشركة بأن قال

شاركتك على أن تهديني كذا، ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية: لو شرطا العمل على أكثرهما مالاً والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثاً اهـ.

وقد وقعت حادثة توهم بعض حنفية العصر أنها من هذا القبيل، وليس كذلك، هي تفاضلا في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالاً بالعمل، فأجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالاً، والتبرع ليس من قبيل الشرط. والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة: اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً وقال موصولاً بالشراء من غير شرط في الشراء احمله إلى منزلي لا يفسد العقد، لأن هذا ليس بشرط في البيع، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اهـ. هذا كلام صاحب البحر وهو صريح فيما ذكرناه من التوفيق، والله تعالى الموفق.

وبقي ما يقع كثيراً، وهو أن يدفع رجل إلى آخر ألفاً يقرضه نصفها ويشاركه على ذلك، على أن الربح ثلثاه للدافع وثلثه للمستقرض فهما تساويا في المال دون الربح وهي صورة العكس. وصريح ما مر عن الزيلعي والكمال أنه لا يصح لدافع أخذ أكثر من نصف الربح، إلا إذا كان هو العامل، فلو كان العامل هو المستقرض كما هو العادة كان له نصف الربح بقدر ماله، لكنه محمول على ما إذا شرط العمل عليه، وإن لم يشرط صح التفاضل كما علمت من التوفيق.

ومما يكثر وقوعه أيضاً أنه يكون لأحدهما ألف فيدفع له آخر ألفين ليعمل بالكل ويشرطا الربح أثلاثاً، وهذا جائز أيضاً حيث كان الربح بقدر رأس المال كما مر في عبارة النهر، فلو شرطا الربح أرباعاً مع اشتراط العمل لم يصح، كما يفيده التقييد بكونه بقدر رأس مالهما، ومثله قول الظهيرية، وإن اشترطا الربح على قدر رأس مالهما أثلاثاً والعمل من أحدهما كان جائزاً.

تنبيه: علم مما مر أن العمل لو كان مشروطاً عليهما لا يلزم اجتماعهما عليه كما هو صريح قوله: وإن عمل أحدهما فقط، ولذا قال في البزازية: اشتركا وعمل أحدهما في غيبة الآخر فلما حضر أعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب أبى أن يعطيه حصته من الربح، إن كان الشرط أن يعملا جميعاً وشتى فما كان من تجارتهما من الربح فبينهما على الشرط عملاً أو عمل أحدهما، فإن مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما اهـ. والظاهر أن عدم العمل من أحدهما لا فرق أن يكون بعذر أو بدونه كما صرح بمثله في البزازية في شركة التقبل معللاً بأن العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل اهـ. ولا يخفى أن العلة جارية هنا.

وسود) وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا (و) مع (عدم الخلط) لاستناد الشركة في الربح: إلى العقد لا المال فلم يشترط مساواة واتحاد وخلط (ويطالب المشتري بالثمن فقط) لعدم تضمن الكفالة (ويرجع على شريكه بحصته منه إن أدى من مال نفسه) أي مع بقاء مال الشركة،

مَطْلَبٌ: فِي تَحْقِيقِ حُكْمِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ

(قوله وإن تفاوتت قيمتهما) راجع لخلاف الجنس والوصف، واحترز به عن المفاوضة فإنه لا بد فيها من تساوي القيمة فيهما في ظاهر الرواية كما في البحر، فافهم. قوله: (والربح على ما شرطا) أي من كونه بقدر رأس المال أو لا، لكنه محمول على ما علمته من التفصيل المار، وأعاده مع قوله: «مع التفاضل في المال دون الربح» للتصريح بأن هذا الشرط صحيح، فافهم! نعم ذكره بين المتعاطفات غير مناسب، وقيد بالربح لأن الوضيعة على قدر المال وإن شرطا غير ذلك كما في الملتقى وغيره. قوله: (ومع عدم الخلط) فيه إشعار بأن المفاوضة يشترط فيها الخلط، وهذا قياس. وفي الاستحسان لا يشترط كما في المبسوط وغيره. ح عن القهستاني. قوله: (لاستناد الشركة في الربح إلى العقد لا المال) لأن العقد يسمى شركة، ولا بد من تحقق معنى الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا. بحر. فلو كان لأحدهما مائة درهم وللآخر مائة دينار فاشتريا بها فهو على قدر المال، وكذا لو اشتريا بالدراهم متاعا ثم بالدنانير آخر فوضعا: أي خسرا في أحدهما وربحا في الآخر فهو على قدر مالهما اهـ. ملخصاً من كافي الحاكم. قوله: (فلم يشترط الخ) تفريع على قوله: «ومع التفاضل» وما عطف عليه. قوله: (فقط) قيد للمشتري أي ولا يطالب شريكه الآخر. قوله: (لعدم تضمن الكفالة) هذا إذا لم يذكر الكفالة كما قدمناه عن الخانية.

مَطْلَبٌ: فِي دَعْوَى الشَّرِيكِ أَنَّهُ أَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ

قوله: (ويرجع إلى شريكه بحصته منه) أي بحصة شريكه من الثمن، لأن المشتري وكيل عنه في حصته، فيرجع عليه بحسابه إن أدى من مال نفسه، وإن من مال الشركة لم يرجع، وإن كان شراؤه لا يعرف إلا بقوله فعليه الحجة، لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكره، والقول للمنكر بيمينه كما في المنح ونحوه في الزيلعي.

وبقي ما لو صدقه في الشراء للشركة وكذبه في دعوى الأداء من مال نفسه. قال الخير الرملي في حاشية المنح: والذي يظهر أن القول للمشتري، لأنه لما صدقه الآخر في الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بذمته، ودعواه أنه دفع من مال الشركة دعوى وفاء فلا تقبل بلا بينة، ولهذا قالوا: إذا لم يعرف شراؤه إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدّعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكره، وهنا ليس منكراً بل مقرّ بالشراء

وإلا فالشراء له خاصة لئلا يصير مستديناً على مال الشركة بلا إذن. بحر (وتبطل) الشركة (بهلاك المالين

الموجب لتعلق الثمن بذمته، وإن حلف أنه ما دفعه من مال الشركة اهـ.

ثم لا يخفى أنه في صورة ما إذا كذبه في الشراء للشركة، إن كان ما اشتراه هالكاً فظاهر، وإن كان قائماً فهو له، وإن كذبه في أصل الشراء وادعى أنه من أعيان فالقول للمشتري إن كان المال في يده، لما سيأتي في الفروع أنه لو قال ذو اليد استقرضت ألفاً فالقول له، ويأتي بيانه.

مطلب: ادعى الشراء لنفسه

وأما لو ادعى الشراء لنفسه لا للشركة، ففي الخانية: اشترى متاعاً فقال الآخر هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة فالقول له بيمينه بالله ما هو من شركتنا، لأنه حر يعمل لنفسه فيما اشترى اهـ. والظاهر أن قوله قبل الشركة احتراز عن الشراء حال الشركة؛ ففيه تفصيل ذكره في البحر عن المحيط، وهو أنه لو من جنس تجارتهما فهو للشركة، وإن أشهد عند الشراء أنه لنفسه لأنه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين، وإن لم يكن من تجارتهما فهو له خاصة اهـ.

قلت: ويخالفه ما في فتاوى قارئ الهداية: إن أشهد عند الشراء أنه لنفسه فهو له، وإلا فإن نقد الثمن من مال الشركة فهو للشركة اهـ. لكن اعترض بأنه لم يستند لنقل فلا يعارض ما في المحيط، وقد يجاب بحمله على ما إذا لم يكن من جنس تجارتهما. تأمل.

وبقي شيء آخر يقع كثيراً، وهو ما لو اشترى أحدهما من شريكه لنفسه هل يصح أم لا لكونه اشترى ما يملك بعضه؟ والذي يظهر لي أنه يصح، لأنه في الحقيقة اشترى نصيب شريكه بالحصة من الثمن المسمى وإن أوقع الشراء في الصورة على الكل. ثم رأيت في الفتح من باب البيع الفاسد: لو ضم ماله إلى مال المشتري وباعهما بعقد واحد صح في ماله بالحصة من الثمن على الأصح، وقيل لا يصح في شيء اهـ. ملخصاً. ورأيت في بيوع الصيرفية أيضاً: اشترى نصف دار مشاعاً ثم اشترى جميعها ثانياً، قال: يجوز في النصف الباقي، وفي فتاوى السغدي: لا يجوز اهـ. قوله: (وإلا) أي إن لم يبق مال الشركة: أي لم يكن في يده مال ناض بل صار مال الشركة أعياناً وأمتعة فاشترى بدراهم أو دنانير نسيئة فالشراء له خاصة دون شريكه، لأنه لو وقع على الشركة صار مستديناً على مال الشركة وأحد شريكي العنان لا يملك الاستدانة إلا أن يأذن له في ذلك. بحر عن المحيط.

مطلب: فيما يبطل الشركة

قوله: (وتبطل بهلاك المالين الخ) لأن المعقود عليه فيها هو المال، ويبطل العقد

أو أحدهما قبل الشراء) والهلاك على مالكه قبل الخلط وعليهما بعده **(وإن اشترى أحدهما بماله وهلك)** بعده **(مال الآخر)** قبل أن يشتري به شيئاً **(فالمشترى)** بالفتح **(بينهما)** شركة عقد على ما شرطا **(ورجع على شريكه بحصته منه)** أي من الثمن لقيام الشركة وقت الشراء **(وإن هلك)** مال أحدهما **(ثم اشترى الآخر بماله، فإن صرحا بالوكالة في عقد الشركة)** بأن قال: على أن ما اشتراه

هلاك المعقود عليه كما في البيع، وسيذكر المصنف تمام المبطلات في الفصل الآتي. قوله: **(أو أحدهما قبل الشراء)** لأنها لما بطلت في الهالك بطلت فيما يقابله لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله. قوله: **(والهلاك على مالكه)** فلا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر حيث بطلت الشركة ولو الهلاك في يد الآخر، لأن المال في يده أمانة، بخلاف ما لو هلك بعد الخلط لأنه يهلك على الشركة لعدم التمييز. ط عن الإتقاني. قال: وظاهره أنه إذا تميز الخلط كخلط دراهم بدنانير فهو كعدم الخلط اهـ. وفي كافي الحاكم: لو خلط الدراهم كان الهالك منها عليهما والباقي بينهما، إلا أن يعرف كل شيء من الهالك أو الباقي من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه، والباقي من الهالك والقائم بينهما على قدر ما اختلطا، ولم يعرف اهـ. ملخصاً. قوله: **(وإن اشترى أحدهما)** بيان لمفهوم تقييد الهلاك بما قبل الشراء. قوله: **(بعده)** أي بعد الشراء، ونبه بزيادته على أن الواو هنا للترتيب احترازاً عما لو هلك قبله كما يأتي. قوله: **(فالمشتري بينهما)** لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك. بحر. قوله: **(شركة عقد على ما شرطا)** أي من الربح وأيهما باع جاز بيعه، وهذا عند محمد. وعند الحسن بن زياد: هي شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما إلا في نصيبه، وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد كما في النهر. قوله: **(ورجع على شريكه بحصته منه)** لأنه وكيل في حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه. وفي المحيط: لأحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة وللآخر ألف درهم وشرطا الربح والوضيعة على قدر المال فاشترى الثاني جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخماساً: ثلاثة أخماسه للأول، وخمساه للثاني، لأن الربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء، ويرجع الثاني على الأول بثلاثة أخماس الألف لأنه وكيل عنه بالشراء في ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد الثمن من ماله، ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير على الآخر بخمسي الثمن أربعون ديناراً؛ ولو اشترى كل واحد منهما بماله غلاماً وقبضا وهلكا هلكا من مالهما، لأن كل واحد حين اشترى كانت الشركة بينهما قائمة اهـ. بحر ملخصاً. قوله: **(لقيام الشركة الخ)** علة لكون المشتري بينهما كما مر، وأما علة الرجوع فكونه وكيلاً كما علمت. قوله: **(بأن قال)** الأولى قالا كما

كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً. نهر وصدر الشريعة **(فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا)** في أصل المال لا الربح لصيرورتها **(شركة ملك لبقاء الوكالة)** المصرّح بها ويرجع بحصة ثمنه **(وإلا)** أي إن ذكرا مجرد الشركة ولم يتصادقا على الوكالة فيها. ابن كمال **(فهو لمن اشتراه خاصة)** لأن الشركة لما بطلت بطل ما في ضمنها من الوكالة **(وتفسد باشتراط دراهم مسماة من الربح لأحدهما)** لقطع الشركة كما مر، لا لأنه شرط لعدم فسادها بالشروط، وظاهره بطلان الشرط لا

في عبارة النهر. وأفاد بهذا التصوير أنه ليس المراد من التصريح بالوكالة ذكر لفظها بل ما يشمل معناها. قوله: (كلّ منهما) الأولى كل منا. أفاده ح. قوله: (بماله هذا) قيد به لأن فرض المسألة في عقد الشركة على مال مخصوص لا لكونه قيداً في ثبوت الوكالة صريحاً، فافهم.

مطلب: اشتركا على أن ما اشتريا من تجارة فهو بيننا

قال في الولوالجية: رجل قال لغيره ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، أو اشتركا على أن ما اشتريا من تجارة فهو بيننا يجوز، ولا يحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت، لأن كلاً منهما صار وكيلاً عن الآخر في نصف ما يشتريه، وغرضه بذلك تكثير الربح، وذلك لا يحصل إلا بعموم هذه الأشياء اهـ. وسيأتي تمامه في الفصل.

قلت: وهذه الشركة تقع في زماننا كثيراً يكون أحد الشريكين في بلدة والآخر في بلدة يشتري كلّ منهما ويرسل إلى الآخر ليبيع ويشتري لكنها شركة ملك والغالب أنهما يعقدان بينهما شركة عقد بمال متساو أو متفاضل منهما ويجعلان الربح على قدر رأس المال ويقتسمان ربح الشركتين كذلك، وهذا صحيح في شركة العقد لا في شركة الملك، لأن الربح فيها على قدر الملك، فإذا شرطا الشراء بينهما مناصفة يكون الربح كذلك، إلا إذا شرطا الشراء على قدر مال شركة العقد فيكون الربح على قدر المال في الشركتين، فتنبه لذلك فإنه يقع كثيراً ويغفل عنه. قوله: (لا الربح) لأنه يكون بقدر المال. قوله: (لصيرورتها الخ) علة لقوله: «لا الربح» وقوله: «لبقاء الوكالة» علة لقوله «مشترك بينهما» ح. قوله: (ولم يتصادقا على الوكالة) عبارة ابن كمال: ولم ينصا على الوكالة فيها ط. قوله: (كما مر) أي في قوله: «وعدم ما يقطعها الخ» وأشار به إلى أن التصريح بفسادها بما ذكر مفرّع على ما قدمه من أنه يشترط فيها عدم ما يقطعها فليس ذلك تكراراً محضاً، فافهم. وبيان القطع أن اشتراط عشرة دراهم مثلاً من الربح لأحدهما يستلزم اشتراط جميع الربح له على تقدير أن لا يظهر ربح إلا العشرة، والشركة تقتضي الاشتراك في الربح وذلك يقطعها فتخرج إلى القرض أو البضاعة كما في الفتح. قوله: (لا لأنه شرط الخ) يعني أن علة الفساد ما ذكر من قطع الشركة، وليست العلة اشتراط

الشركة. بحر ومصنف.

قلت: صرح صدر الشريعة وابن الكمال بفساد الشركة، ويكون الربح على قدر المال (ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يستأجر) من يتجر له أو يحفظ المال (ويبضع) أي يدفع المال بضاعة، بأن يشترط الربح لرب المال (ويودع) ويعير (ويضارب) لأنها دون الشركة فتضمنتها (ويوكل) أجنبياً ببيع وشراء،

شرط فاسد فيها، لأن الشركة لا تفسد بالشروط الفاسدة، والمصرح به أن هذه الشركة فاسدة، فقوله: «قلت الخ» تأييد لقوله: «لا لأنه شرط الخ». وأما قوله: «وظاهره» أي ظاهر قوله لعدم فسادها بالشروط فلا محل له للاستغناء عنه بما قبله. قوله: (ويكون الربح على قدر المال) أي وإن اشترط فيه التفاضل، لأن الشركة لما فسدت صار المال مشتركاً شركة ملك والربح في شركة الملك على قدر المال وسيأتي في الفصل أنها لو فسدت وكان المال كله لأحدهما فللآخر أجر مثله. قوله: (ولكل من شريكي العنان الخ) هذا كله عند عدم النهي. ففي الفتح: وكل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله: ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه، لأنه نقل حصته بغير إذنه، وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان أذن له فيه اهـ.

قلت: وسيأتي في المضاربة أنه إذا صار المال عروضاً لا يصح نهي المضارب عن البيع نسيئة لأنه لا يملك عزله في هذه الحالة، وظاهره أن الشركة ليست كذلك لأنه يملك فسخها مطلقاً كما سيأتي في الفصل. قوله: (ويبضع الخ) في القاموس: المباضع الشريك اهـ. والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل. بحر. قوله: (ويعير) فلو أعار دابة فعطبت تحت المستعير «فالقياس أن يضمن المعير نصف شريكه، ولكني أستحسن أن لا أضمنه» وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وكذلك لو أعار ثوباً أو داراً أو خادماً بحر عن كافي الحاكم. قوله: (ويضارب) أي يدفع المال مضاربة وهو الأصح. أما إذا أخذ مالاً مضاربة، فإن أخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة، وكذا فيما هو من تجارتهما إذا كان بحضرة صاحبه، ولو مع غيبته أو مطلقاً كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال، كذا في المحيط. بحر. وقوله أو مطلقاً: أي عن التقييد بكونه من تجارتهما. قوله: (لأنها) أي المضاربة دون الشركة لكون الوضيعة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة. فتح. قوله: (ويوكل) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارة والشركة انعقدت لها، بخلاف الوكيل صريحاً بالشراء ليس له أنه يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله.

ولو نهاه المفاوض الآخر صح نهيه. بحر (ويبيع) بما عز وهان خلاصة (بنقد ونسيئة) بزازية (ويسافر) بالمال له حمل أو لا هو الصحيح، خلافاً للأشباه. وقيل: إن له حمل يضمن وإلا لا. ظهيرية. ومؤنة السفر والكراء من رأس المال إن لم يربح. خلاصة.

تنبيه. قوله: (ولو نهاه المفاوض الآخر) التقييد بالمفاوض ويكون النهي عن التوكيل اتفاقي لما مر أن كل ما كان لأحدهما فعله يصح نهي الآخر عنه ط.

أقول: سياق كلام البحر يقتضي أن هذا خاص بالمفاوضة، خلافاً لما فهمه ح كما يعلم من مراجعة البحر. لكن يخالفه ما في الخانية في فصل العنان. ولو وكل أحدهما رجلاً في بيع أو شراء وأخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجاً عنها، فإن وكل البائع رجلاً يتقاضى ثمن ما باع فليس للآخر أن يخرجه عن الوكالة اهـ: أي ليس لأحدهما قبض ثمن ما باعه الآخر ولا المخاصمة فيه كما يأتي قريباً، فكذا ليس له إخراج وكيله بالقبض ثم لا يخفى أن الضمير المنصوب في قول الشارح: «ولو نهاه» عائد إلى الوكيل كما هو صريح عبارة الخانية، لا إلى الموكل حتى يكون النهي عن التوكيل ويكون التقييد فيه اتفاقياً، فافهم. قوله: (ويبيع بما عز وهان) أي له أن يبيع بثمن زائد وناقص، قيد بالبيع لأن الشراء لا يجوز إلا بالمعروف كما في الرملي عن المنح عن الجوهرة، وسيذكر الشارح في كتاب الوكالة أن الوكيل له البيع بما قلّ أو كثر وبالعرض، وخصاه بالقيمة والنقود، وبه يفتى. بزازية اهـ. ومقتضاه أن المفتى به هنا كذلك لكن ذكر العلامة قاسم هناك تصحيح قول الإمام وأنه أصح الأقاويل، فافهم. وفي البحر عن البزازية: وإن باع أحدهما متاعاً ورد عليه بعيب قبله جاز ولو بلا قضاء، وكذا لو حط أو أخر من عيب وإن بلا عيب جاز في حصته، وكذا لو وهب؛ ولو أقر بعيب في متاع باعه جاز عليهما اهـ. ويأتي تمام ذلك قبيل قوله: «وهو أمين». قوله: (وبنقد ونسيئة) متعلق بقوله: «يبيع». وأما الشراء، فإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير من الشركة فاشترى بدراهم أو دنانير فهو له خاصة، لأنه لو وقع مشتركاً تضمن إيجاب مال زائد على الشريك وهو لم يرض بالزيادة على رأس المال. ولوالجية. ومفاده أنه لو رضي وقع مشتركاً لأنه يملك الاستدانة بإذن شريكه كما قدمناه عن البحر عن المحيط، ومنه ما سيأتي قبيل الفروع عن الأشباه، ويأتي تمامه؛ وما مر من التفصيل في الشراء إنما هو في شركة العنان، أما في المفاوضة فهو عليهما مطلقاً كما في الخانية. قوله: (خلافاً للأشباه) الذي فيها هو ما نقله عقبه عن الظهيرية. قوله: (ومؤنة السفر الخ) أي ما أنفقه على نفسه من كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من جملة رأس المال في رواية الحسن عن أبي حنيفة. قال محمد: وهذا استحسان، فإن ربح تحسب النفقة من الربح وإن لم

(لا) يملك الشريك (الشركة) إلا بإذن شريكه. جوهرة (و) لا (الرهن) إلا بإذنه أو يكون هو العاقد في موجب الدين، وحينئذ فيصح إقراره (بالرهن والارتهان) سراج (و) لا (الكتابة) والإذن بالتجارة (وتزويج الأمة) وهذا كله (لو عناناً) أما المفاوض فله كل ذلك. ولو فاوض إن بإذن شريكه جاز وإلا تنعقد عناناً. بحر.

(ولا يجوز لهما) في عنان ومفاوضة (تزويج العبد ولا الإعتاق) لو على مال (و) لا (الهبة) أي لثوب

بربح كانت من رأس المال. خانية. قوله: (لا يملك الشريك) أي شريك العنان بقرينة قوله: «أما المفاوضة الخ». وفي الخانية من فصل العنان: ولو شارك أحدهما شركة عنان، فما اشتراه الشريك الثالث كان نصفه له ونصفه بين الشريكين، وما اشتراه الذي لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين، ولا شيء منه للشريك الثالث اهـ. ومثله في الولوالجية. وفيها: ولو أخذ مالاً مضاربة فهو له كما لو آجر نفسه اهـ. ولكن فيه تفصيل قدمناه قريباً. قوله: (ولا الرهن) قال في الفتح: أي رهن عين من مال الشركة فإن رهن بدين عليهما لم يجز وضمن؛ ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء اهـ. قوله: (أو يكون هو) أي الراهن العاقد أي الذي تولى عقد المبايعة. قال في الخانية: ولمن ولي المبايعة أن يرهن بالثمن اهـ ط. قوله: (في موجبه) بكسر الجيم ح. قوله: (وحينئذ) أي حين إذا كان الراهن هو العاقد بنفسه. قال في النهر: وإقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح اهـ ط. أما لو ولي العقد غيره أو كانا ولياه لا يجوز إقراره في حصة شريكه، وهل يجوز في حصة نفسه فهو على الخلاف، ولا يصح إقراره بعدما تناقضا الشركة إذا كذبه الآخر. تاترخانية. قوله: (ولا الكتابة) لأنه ليس من عادة التجار. بحر. قوله: (فله كل ذلك) أي المذكور من الشركة والرهن الخ. قوله: (ولو فاوض) أي المفاوض. قوله: (وإلا تنعقد عناناً) وما خصه من الربح يكون بينه وبين شريكه ط. قوله: (ولا يجوز لهما تزوج العبد) أي عبد التجارة. واحترز بالعبد عن الأمة، فإن لأحد المفاوضين تزويجها كما في الخانية: ولا يزوّج العبد ولو من أمة التجارة استحساناً ط عن الهندية. قوله: (ولا الهبة) يستثنى منه هبة ثمن ما باعه. ففي البحر عن الظهيرية لو باع أحد المتفاوضين عبداً من تجارتهما ثم وهب الثمن من المشتري أو أبرأه منه جاز، خلافاً لأبي يوسف؛ ولو وهب غير البائع جاز في حصته إجماعاً اهـ.

ونحوه فلم يجز في حصة شريكه، وجاز في نحو لحم وخبز وفاكهة (و) لا (القرض) إلا بإذن شريكه إذناً صريحاً فيه. معراج. وفيه: إذا قال له اعمل برأيك فله كل التجارة إلا القرض والهبة (وكذا كل ما كان إتلافاً للمال أو) كان (تمليكاً للمال (بغير عوض) لأن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه، وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها.

(وصح بيع) شريك (مفاوض عمن ترد شهادته له) كابنه وأبيه، وينفذ على المفاوضة إجماعاً (لا) يصح (إقراره بدين) فلا ينفذ على المفاوضة عنده بزازية.

قلت: لكنه في الأولى يضمن نصيب صاحبه كوكيل البيع إذا فعل ذلك كما في الخانية. قوله: (ونحوه) أي مما ليس من جنس ما يؤكل ويهدي عادة بقرينة ما بعده. قوله: (فلم يجز) أي ما ذكر من الهبة في حصة شريكه، بل جاز في حصته إن وجد شرط الهبة من التسليم والقسمة فيما يقسم وكذا الإعتاق، وتجري فيه أحكام عتق أحد الشريكين المقررة في بابه. قوله: (وجاز في نحو لحم الخ) محترز قوله: «أي ثوب ونحوه».

مَطْلَبٌ: يَمْلِكُ الاستدانة بإِذْنِ شَرِيكِهِ

قوله: (ولا القرض) أي الإقراض في ظاهر الرواية، أما الاستقراض فقدم أنه يجوز، ويأتي تمامه في الفروع. قوله: (إذناً صريحاً) فلو قال اعمل برأيك لا يكفي قوله: (وفيه الخ) ومثله ما في البحر عن البزازية. ولو قال كل منهما للآخر اعمل برأيك فلكل منهما أن يعمل ما يقع في التجارة: كالرهن والارتهان، والسفر والخلط بماله، والشركة بمال الغير لا الهبة والقرض، وما كان إتلافاً للمال أو تمليكاً من غير عوض فإنه لا يجوز ما لم يصرح به نصاً. قوله: (لأن الشركة) أي مطلقها. قوله: (وصح بيع شريك مفاوض) أنظر هل المفاوض قيد في كلام المصنف. ط عن الحموي. قوله: (لا يصح إقراره بدين) أي لمن لا تقبل شهادته له، أما لغيره فيقبل كما سبق في قوله: «وكل دين لزم أحدهما الخ». وهذا إنما هو في شريك المفاوضة، أما شريك العنان ففيه تفصيل. قال في الخانية: ولو أقر أحد شريكي العنان بدين في تجارتهما لزم المقر جميع ذلك إن كان هو الذي وليه، وإن أقر أنه وإياه لزمه نصفه، وإن أقر أن صاحبه وليه لا يلزمه شيء بخلاف الشركة المفاوضة فإن كل واحد منهما يكون مطالباً بذلك اهـ. ونحوه في الفتح.

وحاصله أن إقرار أحد شريكي العنان بدين في تجارتهما لا يمضي على الآخر، وإنما يمضي على نفسه على التفصيل المذكور. أما شريك المفاوضة فيمضي عليهما مطلقاً فافهم، لكن سيأتي في الفروع أنه لو قال أحد الشريكين استقرضت ألفاً فلزمني له

وفي الخلاصة: أقرّ شريك العنان بجارية لم يجز في حصة شريكه، ولو باع أحدهما ليس للآخر أخذ ثمنه ولا الخصومة فيما باعه أو أدانه (وهو) أن الشريك (أمين في المال فيقبل قوله) بيمينه (في) مقدار الربح والخسران والضياع و (الدفع لشريكه ولو) ادعاه (بعد موته) كما في البحر مستدلاً بما في وكالة الولوالجية

إن المال في يده، ويأتي الكلام عليه. قوله: (وفي الخلاصة) استدراك على المتن بأن العين كالدين اهـ ح. لكن ما في المتن في المفاوضة وهذا في العنان. قوله: (بجارية) أي في يده من الشركة أنها لرجل تاترخانية. قوله: (ليس للآخر أخذ ثمنه) أفاد أن للمديون أن يمتنع من الدفع إليه، فإن دفع برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر. فتح. وكذا لا يجوز تأجيله الدين لو العاقد غيره أو هما عند أبي حنيفة. وعندهما يجوز في نصيبه، ولو أجله العاقد جاز في النصيبين عندهما. وعند أبي يوسف: في نصيبه فقط، وأصله الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله يصح عندهما، خلافاً لأبي يوسف، إلا أن هناك يضمن لموكله عندهما لا هنا. بحر عن المحيط.

مَطْلَبٌ: أَقَرَّ بِمِقْدَارِ الرِّبْحِ ثُمَّ ادَّعَى الْخَطَأَ

قوله: (في مقدار الربح) فلو أقر بمقداره ثم ادعى الخطأ فيه لا يقبل قوله، كذا نقله أبو السعود عن إقرار الأشباه ط.

قلت: لكن في حاوي الزاهدي قال الشريك ربحت عشرة ثم قال لا بل ربحت ثلاثة فله من يحلفه أنه لم يربح عشرة اهـ. ومقتضاه أن القول له بيمينه، لكن لا يخفى أن الأوجه ما في الأشباه لأنه برجوعه متناقض فلا يقبل منه، وما في الأشباه عزاه إلى كافي الحاكم فهو نص المذهب فلا يعارضه ما في الحاوي. قوله: (والضياع) أي ضياع المال كلاً أو بعضاً ولو من غير تجارة ط. قوله: (مستدلاً بما في وكالة الولوالجية) عبارة الولوالجية: ولو وكل بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت في حياته وهلك وأنكرت الورثة أو قال دفعته إليه صدق، ولو كان ديناً لم يصدق، لأن الوكيل في الموضعين حكى أمراً لا يملك استئنافه، لكن من حكى أمراً لا يملك استئنافه: إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق، وإن كان فيه نفي الضمان عن نفسه صدق؛ والوكيل بقبض الوديعة فيما يحكي ينفي الضمان عن نفسه فيصدق، والوكيل بقبض الدين فيما يحكي يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اهـ.

مَطْلَبٌ: فِي قَبُولِ قَوْلِهِ دَفَعْتُ الْمَالَ بَعْدَ مَوْتِ الشَّرِيكِ أَوِ الْمُوَكِّلِ

قلت: أي أن الوكيل بقبض الدين إذا قال قبضته من المديون وهلك عندي أو قال دفعته للموكل الميت لا يصدق بالنسبة إلى براءة المديون، لأن في ذلك إلزام الضمان

كل من حكى أمراً لا يملك استئنافه، إن فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق وإن فيه نفي الضمان عن نفسه صدق انتهى، فليحفظ هذا الضابط.

(ويضمن بالتعدي) وهذا حكم الأمانات. وفي الخانية: التقييد بالمكان صحيح، فلو قال لا تجاوز خوارزم فجاوز ضمن حصة شريكه. وفي الأشباه: نهى أحدهما شريكه عن الخروج وعن بيع النسيئة جاز (كما يضمن الشريك) عناناً أو مفاوضة. بحر (بموته مجهلاً نصيب صاحبه) على المذهب، والقول بخلافه غلط كما في الوقف من الخانية، وسيجيء في الوديعة خلافاً للأشباه.

على الميت، فإن الديون تقضى بأمثالها فيثبت للمديون بذمة الدائن مثل ما للدائن بذمته فيلتقيان قصاصاً. وأما بالنسبة إلى الوكيل نفسه فيصدق لأنه أمين، وبموت الموكل لم ترتفع أمانته، وإن بطلت وكالته فلا يضمن ما قبضه ولا يرجع عليه المديون، وقد أوضح المسألة في الخيرية أول كتاب الوكالة، فافهم. قوله: (كل من حكى أمراً الخ) فإن الوكيل هنا حكى أمراً وهو قبض الوديعة أو الدين في حياة الموكل وهو لا يملك استئنافه بعد موت الموكل: أي لو كان لم يقبض في حياته وأراد استئناف القبض بعد موته لم يملكه، لأنه انعزل عن الوكالة. قوله: (التقييد بالمكان صحيح الخ) ظاهر التفريع أن التنصيص على المكان بلا نهي لا يكون تقييداً، وعبارة البزازية: التقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أخرج إلى خوارزم ولا تجاوزه صح، فلو جاوزه ضمن. وفي الجوهرة من المضاربة.

والضابط للتخصيص والتقييد أن يقول. خذ هذا مضاربة بالنصف على أن تعمل به في الكوفة أو فاعمل به في الكوفة ما إذا قال واعمل به في الكوفة بالواو لا يكون تقييداً، فله أن يعمل في غيرها لأن الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط اهـ. فأفاد أن مجرد التنصيص لا يكفي، بل لا بد من أمر يفيد التقييد كالشرط وكالنهي. قوله: (وفي الأشباه الخ) أعم منه ما قدمناه عن الفتح من أن كل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله. قوله: (جاز) أي النهي. قوله: (بموته مجهلاً الخ) في حاوي الزاهدي: مات الشريك ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلاً يضمن كما لو مات مجهلاً للعين اهـ: أي عين مال الشركة الذي في يده ومثله بقية الأمانات، لكن إذا علم أن وارثه يعلمها لا يضمن؛ ولو ادعى الوارث العلم وأنكر الطالب فإن فسرها الوارث وقال: هي كذا وهلكت صدق، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الوديعة. قوله: (والقول بخلافه غلط) وهو عدم تضمين المفاوض. قوله: (وسيجيء في الوديعة) سيجيء هناك بضع عشرة موضعاً يضمن فيها الأمين بموته مجهلاً. قوله: (خلافاً للأشباه) حيث جرى في كتاب

فروع: في المحيط: قد وقع حادثتان:

الأولى نهاه عن البيع نسيئة فباع، فأجيبت بنفاذه في حصته، وتوقفت في حصة شريكه، فإن أجاز فالربح لهما. الثانية نهاه عن الإخراج فخرج ثم ربح، فأجبت أنه غاصب حصة شريكه بالإخراج فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط انتهى، ومقتضاه فساد الشركة. نهر. وفيه: وتفرّع على كونه أمانة ما سئل قارئ الهداية عمن طلب محاسبة شريكه فأجاب لا يلزم بالتفصيل، ومثله المضارب والوصي والمتولي. نهر. وقضاة زماننا ليس لهم قصد بالمحاسبة إلا الوصول

الأمانات عني ما هو الغلط. قوله: (في المحيط) صوابه في البحر: فإن الحادثتين وقعتا لصاحب البحر سئل عنهما وأجاب بما ذكر، ثم قال: ولم أر فيهما إلا ما قدمته: أي ما مر عن الخانية. قوله: (فإن أجاز فالربح لهما) وإن لم يجز فالبيع في حصته باطل. قوله: (فأجبت أنه غاصب) أي كما هو صريح ما قدمه عن الخانية من قوله ضمن حصة شريكه. قوله: (بالإخراج) فيه نظر. ففي مضاربة الجوهرة عند قول القدوري: وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز أن يتجاوز ذلك، فإن خرج إلى غير ذلك البلد أو دفع المال إلى من أخرجه لا يكون مضموناً عليه بمجرد الإخراج حتى يشتري به خارج البلد، فإن هلك المال قبل التصرف فلا ضمان عليه، وكذا لو أعاده إلى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها، وإن اشترى به قبل العود صار مخالفاً ضامناً، ويكون ذلك لأنه تصرف بغير إذن صاحب المال فيكون له ربحه وعليه وضيعته لا يطيب له الربح عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وإن اشترى ببعضه وأعاد بقيته إلى البلد ضمن قدر ما اشترى به، ولا يضمن قدر ما أعاد اهـ. والظاهر أن الشركة كذلك. قوله: (فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط) أي بل يكون له كما علمت منقولاً. قوله: (ومقتضاه فساد الشركة) أي مقتضى الجواب بأنه صار غاصباً وبأن الربح لا يكون على الشرط، ولكن هنا بعد التصرف في المال لا بمجرد الإخراج، فلو عاد قبل التصرف تبقى الشركة كما علمت. فافهم. قوله: (فأجاب الخ) حيث قال: إن القول قول الشريك والمضارب في مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلاً، والقول قوله في الضياع والرد إلى الشريك اهـ.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوِ ادَّعَى عَلَى شَرِيكِهِ خِيَانَةً مُبْهَمَةً

قلت: بقي ما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة، ففي قضاء الأشباه لا يحلف. ونقل الحموي عن قارئ الهداية أنه يحلف وإن لم يبين مقداراً، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار ما نكل فيه. ثم قال: وأنت خبير بأن قارئ الهداية لم يستند إلى نقل، فلا يعارض ما نقله في الأشباه عن الخانية. قوله: (ومثله المضارب والوصي والمتولي) سيذكر الشارح في الوقف عن القنية أن المتولي لا تلزمه المحاسبة في كل

إلى سحت المحصول (و) إما (تقبل) وتسمى شركة صنائع وأعمال وأبدان (إن اتفق) صانعان (خياطان أو خياط وصباغ) فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان

عام، ويكتفي القاضي منه بالإجمال لو معروفاً بالأمانة ولو متهماً يجبره على التعيين شيئاً فشيئاً، ولا يحبسه بل يهدده؛ ولو اتهمه يحلفه اهـ. والظاهر أنه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصيّ فيحمل إطلاقه على غير المتهم: أي الذي لم يعرف بالأمانة. تأمل. قوله: (تجر) يغني عنه قوله أو لا اونيه. قوله: (إلى سحت المحصول) السحت: بالضم وبضمتين الحرام، أو ما خبث من المكاسب فلزم منه العار ط عن القاموس، إذ لا يجوز للقاضي الأخذ على نفس الصحابة لأنها واجبة عليه؛ نعم لو كتب سجلاً أو تولى قسمة وأخذ أجر المثل له ذلك كما حرره في البحر من الوقف.

مَطْلَبٌ فِي شِرْكَةِ التَّقَبُّلِ

قوله: (وإما تقبل) عطف على قوله: «إما مفاوضة». قوله: (وتسمى شركة صنائع) جمع صناعة كرسالة ورسائل وهي كالصنعة حرفة الصانع وعمله. قوله: (وأعمال وأبدان) لأن العمل يكون منهما غالباً بأبدانهما. قوله: (إن اتفق صانعان الخ) أشار إلى أنه لا بد من العقد أولاً، بأن يتفقا على الشركة قبل التقبل، لما سيأتي قبيل الفروع لو تقبل ثلاثة عملاً بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين، وسيأتي بيانه، والمراد عقد الشركة على التقبل والعمل، لما في البحر عن القنية: اشترك ثلاثة من الحمالين على أن يملأ أحدهم الجوالق ويأخذ الثاني فمها ويحملها الثالث إلى بيت المستأجر والأجر بينهم بالسوية فهي فاسدة. قال: فسادها لهذه الشروط، فإن شركة الحمالين صحيحة إذا اشتركوا في التقبل والعمل جميعاً اهـ: أي وهنا لم يذكر التقبل أصلاً، بل مجرد العمل مقيداً على كل واحد بنوع منه، لكن لا يشترط كون التقبل منهما معاً؛ لما في البحر أيضاً: لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر أو يتقبله أحدهما ويقطعه ثم يدفعه إلى الآخر للخياطة بالنصف جاز، كذا في القنية؛ لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز، فلو شرط على من عليه العمل أن لا يتقبل لا يجوز لأنه عند السكوت جعل إثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي، كذا في المحيط اهـ.

قلت: وبه علم أن الشرط عدم نفي التقبل عن أحدهما لا التنصيص على تقبل كل منهما، ولا على عملهما لأنه إذا اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر بلا نفي كان لكلّ منهما التقبل والعمل لتضمن الشركة الوكالة. قال في البحر: وحكمها أن يصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بتقبل الأعمال، والتوكيل به جائز سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل أو لا. قوله: (فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان) تفريع الأول على كلام

(على أن يتقبلا الأعمال) التي يمكن استحقاقها ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتي به، بخلاف شركة دلالين ومغنين وشهود محاكم وقراء مجالس وتعاز

المصنف ظاهر. وأما الثاني فمن حيث إنه لم يقيد بالمكان. ووجه عدم اللزوم كما في الفتح أن المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين أو دكان، وكون الأعمال من أجناس أو جنس. قوله: (على أن يتقبلا الأعمال) أي محلها كالثياب مثلاً، فإن العمل عرض لا يقبل القبول. أفاده القهستاني. وعلمت أن التنصيص على تقبل كل منهما أو على عمله غير شرط. وفي النهر أن المشترك فيه إنما هو العمل، ولذا قالوا: من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف، والقياس أن لا تجوز، لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل اهـ ومنها ما في البحر عن البزازية لأحدهما آلة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا في بيت هذا والكسب بينهما جاز، وكذا سائر الصناعات، ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجر مثل الأداة اهـ. ونظير هذه الأخيرة مسائل ستأتي في الفصل قبيل قوله: «وتبطل الشركة الخ». قوله: (التي يمكن استحقاقها) أي التي يستحقها المستأجر بعقد الإجارة. وزاد في البحر قيد أن يكون العمل حلالاً لما في البزازية: لو اشتركا في عمل حرام لم يصح اهـ. وأنت خبير بأن الحرام لا يستحق بالأجر، فافهم. قوله: (ومنه) الأولى ومنها: أي الأعمال المذكورة. قوله: (على المفتي به) أي الذي هو قول المتأخرين من جواز الأجرة على التعليم، وكذا على الأذان والإمامة، فافهم. قوله: (بخلاف شركة دلالين) فإن عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الإجارة، حتى لو استأجر دلالاً يبيع له أو يشتري فالإجارة فاسدة إذا لم يبين له أجلاً كما صرح به في إجارة المجتبى ح. قوله: (ومغنين) لأن الغناء حرام ح. قوله: (وشهود محاكم) لعدم صحة الاستئجار على الشهادة ح. قوله: (وقراء مجالس وتعاز) يحتمل أنه عطف تفسير أو مغاير وهو بفتح التاء المثناة فوق وبعين مهملة بعدها ألف ثم زاي جمع تعزية: وهي المأتم بالهمزة وبتاء المثناة الفوقية الذي يصنع للأموات، لأن عادتهم القراءة بصوت واحد يشتمل على التمطيط وعلى قطع بعض الكلمات والابتداء من أثناء الكلمة، ولأنه استئجار على القراءة.

والذي أجازه المتأخرون إنما هو الاستئجار على التعليم خلافاً لمن توهم خلافه، كما سيأتي في الإجارات إن شاء الله تعالى. وفي القنية: ولا شركة القراء بالزمزمة في المجالس والتعازي لأنها غير مستحقة عليهم اهـ. وفي القاموس: الزمزمة: الصوت البعيد له دوي وتتابع صوت الرعد. وذكر ابن الشحنة أن ابن وهبان بالغ في النكير على

ووعاظ وسؤال، لأن التوكيل بالسؤال لا يصح. قنية وأشباه (ويكون الكسب بينهما) على ما شرطا مطلقاً في الأصح، لأنه ليس بربح بل بدل عمل فصح تقويمه (وكل ما تقبله أحدهما يلزمهما) وعلى هذا الأصل (فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب) كل منهما (بالأجر ويبرأ) دافعها (بالدفع إليه) أي إلى أحدهما (والحاصل من) أجر (عمل أحدهما بينهما على الشرط) ولو الآخر مريضاً

بإقرارهم على هذا في زمانه وعلى القراءة بالتمطيط، ومنع من جواز سماعها وأطنب في إنكارها، وتمامه في ح. قوله: (ووعاظ) أي شركة وعاظ فيما يحصل لهم بسبب الوعظ لأنه غير مستحق عليه م ط. قوله: (وسؤال) بتشديد الهمزة جمع سائل: وهو الشحاذ لعدم. قوله: (لأن التوكيل بالسؤال لا يصح) وما لا تصح فيه الوكالة لا تصح فيه الشركة كما مر. قوله: (مطلقاً) أي سواء شرطا الربح على السواء أو متفاضلاً، وسواء تساويا في العمل أو لا، وقيل إن شرطا أكثر الربح لأدناهما عملاً لا يصح. والصحيح الجواز. أفاده في البحر: وهذا إذا لم تكن مفاوضة، إذ لا تكون المفاوضة إلا مع التساوي كما يأتي. قوله: (لأنه ليس بربح الخ) اعلم أن التفاضل في الربح عند اشتراط التساوي في العمل لا يجوز قياساً، لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن، فلم يجز العقد كما في شركة الوجوه. ويجوز استحساناً لأن ما يأخذه ليس ربحاً، لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس، وهنا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس، فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم إذا رضيا بقدر معين، فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤد إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف شركة الوجوه حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوي في المشترى، لأن جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتهما متحد والربح يتحقق في الجنس المتحد، فلو جاز زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن، وتمامه في العناية. قوله: (فيطالب كل واحد منهما بالعمل الخ) هذا ظاهر فيما إذا كانت مفاوضة، أما إذا أطلقاها أو قيداها بالعنان فثبوت هذين الحكمين استحسان، وفيما سواهما فهي باقية على مقتضى العنان، ولذا لو أقر بدين من ثمن مبيع مستهلك أو أجر أجير أو دكان لمدة مضت لا يصدق إلا ببينة، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها، فلو كان المبيع لم يستهلك أو المدة لم تمض فإنه يلزمهما كما في المحيط اهـ ح ملخصاً. قوله: (ويبرأ دافعها) أنث الضمير وإن عاد على الأجر لتأويله بالأجرة ط. قوله: (والحاصل الخ) ما مر من قوله: «ويكون الكسب بينهما» إنما هو في الكسب الحاصل من عملهما، وما هنا في الحاصل من عمل أحدهما: أي لا فرق بين أن يعملا أو يعمل أحدهما سواء كان عدم عمل الآخر لعذر أو لا، لأن العامل معين القابل والشرط مطلق العمل الخ ما ذكره.

أو مسافراً أو متنع عمداً بلا عذر لأن الشرط مطلق العمل لا عمل القابل؛ ألا ترى أن القصار لو استعان بغيره أو استأجره استحق الأجر. بزازية (و) إما (وجوه) هذا رابع وجوه شركة العقد (إن عقداها على أن يشتريا) نوعاً أو أنواعاً (بوجوههما) أي بسبب وجاهتهما (ويبيعا) فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن ما اشتريا (بالنسيئة) وما بقي بينهما (ويكون كل منهما) من التقبل والوجوه (عناناً ومفاوضة) أيضاً (بشرطه) السابق، وإذا أطلقت كانت عناناً (وتتضمن) شركة كل من التقبل والوجوه (الوكالة) لاعتبارها في جميع أنواع الشركة (والكفالة أيضاً إذا كانت مفاوضة) بشرطها (والربح) فيها (على ما شرطا من مناصفة المشتري) بفتح

مَطْلَبٌ: شِرْكَةُ الوُجُوهِ

قوله: (وإما وجوه) ويقال لها شركة المفاليس. قهستاني. قوله: (نوعاً أو أنواعاً) أفاد أنها تكون خاصة وعامة كما في النهر، ولذا حذف المصنف المفعول. قوله: (أي بسبب وجاهتهما) أفاد وجه التسمية، لأن من لا مال له لا يبيعه الناس نسيئة إلا إذا كان له جاه ووجاهة وشرف عندهم. وأفاد الكمال أن الجاه مقلوب الوجه بوضع الواو موضع العين، فوزنه عفل إلا أن الواو انقلبت ألفاً للموجب لذلك، وقيل ضيفت إلى الوجوه لأنها تبتذل فيها الوجوه لعدم المال. قوله: (بالنسيئة) هو على حل الشارح متعلق بقوله: «اشتريا» وقصده بذلك دفع ما يوهمه المتن من كونه مطلوباً ليشتريا ويبيعا، وليس كذلك بل هو مطلوب لقوله: «يشتريا» فكان ينبغي للمصنف ذكره عقبه لأنه لا مال لهما، فشراؤهما يكون بالنسيئة، أما البيع فهو أعم. قوله: (ويكون كل منهما عناناً ومفاوضة بشرطه) فصورة اجتماع شرائط المفاوضة في التقبل كما في المحيط: أن يشترك الصانعان على أن يتقبلا جميعاً الأعمال، وأن يضمنا جميعاً على التساوي؛ وأن يتساويا في الربح والوضيعة، وأن يكون كل منهما كفيلاً عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة اهـ.

وصورتها في الوجوه كما في النهاية: أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشتري بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة. زاد في الفتح: ويتساويا في الربح، ويكفي ذكر مقتضيات المفاوضة عن التلفظ بها كما سلف، وتمامه في البحر: ولا يخفى أنه إذا فقد منها شرط كانت عناناً. وفي القهستاني أن شروط المفاوضة في المواضع الثلاثة قد اختلف، ولم يتعرض في المطولات إلى أنها في كل منها حقيقة، والظاهر أنها في الأول: أي في المال حقيقة وفي الباقيين مجاز ترجيحاً على الاشتراك. قوله: (من مناصفة المشتري) أي في المفاوضة والعنان، وقوله: «أو

المراد (أو مثالثته) ليكون الربح بقدر الملك لئلا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف العنان كما مر. وفي الدرر: لا يستحق الربح إلا بإحدى ثلاث: بمال، أو عمل، أو تقبل.

فصلٌ في الشركة الفاسدة

(لا تصح شركة في احتطاب واحتشاش واصطياد واستقاء وسائر مباحات) كاجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنز وطبخ آجر من طين مباح لتضمنها

مثالثته أي في العنان. قهستاني. قوله: **(لئلا يؤدي إلخ)** علة لمفهوم ما قبله، وهو أنه لا يجوز أن يكون الربح مخالفاً لقدر الملك. وعبارة الكنز: وإن شرط مناصفة المشتري أو مثالثته فالربح كذلك، وبطل شرط الفضل اهـ. قال في النهر: لأن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان وهو على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن، بخلاف العنان فإن التفاضل في الربح فيه مع التساوي في المال صحيح، لأنها في معنى المضاربة من حيث أن كلاً منهما يعمل في مال صاحبه فالتحقت بها. قوله: **(بخلاف العنان)** أي في شركة الأموال، وكذا في شركة التقبل فإنه يجوز فيها التفاضل كما قدمناه، لأن المأخوذ فيها ليس بربح بل بدل عمل كما مر تقريره، فافهم. قوله: **(بمال)** كما في شركة الأموال وفي المضاربة في حق رب المال. قوله: **(أو عمل)** كالمضارب في المضاربة. قوله: **(أو تقبل)** عبارة الدرر: أو ضمان، وكذا في البحر وغيره، وذلك كمن أجلس على دكانه تلميذاً يطرح عليه العمل بالنصف، وكما في شركة الوجوه فإن الربح فيها بقدر الضمان والزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز كما مر. قال في الدرر: ولهذا لو قال لغيره تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لا يستحق شيئاً لعدم هذه المعاني، والله سبحانه أعلم.

فصلٌ في الشركة الفاسدة

ما في هذا الفصل مسائل متفرقة من كتاب الشركة، فكان الأولى أن يترجم بها وإن ذكرت الزيادة على ما في الترجمة لا تضر. قوله: **(واصطياد)** جعله من المباح، وذلك مقيد بما إذا لم يكن للتلهي أو يتخذه حرفة، وإلا فلا يحل كما في الأشباه، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في بابه. قوله: **(وطلب معدن من كنز)** المعدن: ما وضع في الأرض خلقة، والكنز: ما وضعه بنو آدم، والركاز يعمهما، فلو قال: وطلب معدن وكنز جاهلي كما في الهندية لكان أولى، لأن الكنز الإسلامي لقطة ط. قوله: **(من طين مباح)** فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكاً فاشتركا على أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز، وهو كشركة الوجوه كذا في الخلاصة معزياً إلى

الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح لا يصح (وما حصله أحدهما فله وما حصلاه معاً فلهما) نصفين إن لم يعلم ما لكل (وما حصله أحدهما بإعانة صاحبه فله ولصاحبه أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف: لا يجاوز به نصف ثمن ذلك)

الثاني، وتبعه البزازي والعيني. والمذكور في الفتح أن هذا من شركة الصنائع، والأول أظهر. نهر. قوله: **(وما حصله أحدهما)** أي بدون عمل من الآخر. قوله: **(وما حصلاه معاً الخ)** يعني ثم خلطاه وباعاه، فيقسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما، وإن لم يكن وزنياً ولا كيلياً قسم على قيمة ما كان لكل منهما، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد منهما إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وكأن المكتسب في أيديهما، فالظاهر أنه بينهما نصفان، والظاهر يشهد له في ذلك، فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة، لأنه يدعي خلاف الظاهر اهـ. فتح.

مَطْلَبٌ: اجْتَمَعَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ وَاكْتَسَبَا وَلَا يُعْلَمُ التَّفَاوُتُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ

تنبيه: يؤخذ من هذا ما أفتى به في الخيرية في زوج امرأة وابنها اجتمعا في دار واحدة وأخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبهما ولا يعلم التفاوت ولا التساوي ولا التمييز. فأجاب بأنه بينهما سوية، وكذا لو اجتمع إخوة يعملون في تركة أبيهم ونما المال فهو بينهم سوية، ولو اختلفوا في العمل والرأي اهـ. وقدمنا أن هذا ليس شركة مفاوضة ما لم يصرحا بلفظها أو بمقتضياتها مع استيفاء شروطها، ثم هذا في غير الابن مع أبيه؛ لما في القنية الأب وابنه يكتسبان في صنعة واحدة ولم يكن لهما شيء فالكسب كله للأب إن كان الابن في عياله لكونه معيناً له؛ ألا ترى لو غرس شجرة تكون للأب ثم ذكر خلافاً في المرأة مع زوجها إذا اجتمع بعملهما أموال كثيرة، فقيل هي للزوج وتكون المرأة معينة له، إلا إذا كان لها كسب على حدة فهو لها، وقيل بينهما نصفان. وفي الخانية: زوج بنيه الخمسة في داره وكلهم في عياله، واختلفوا في المتاع فهو للأب وللبنين الثياب التي عليهم لا غير، فإن قالوا هم أو امرأته بعد موته إن هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم، وإن أقروا أنه كان يوم موته فهو ميراث من الأب.

قوله: **(بإعانة صاحبه)** سواء كانت الإعانة بعمل كما إذا أعانه في الجمع والقلع أو الربط أو الحمل أو غيره أو بآلة، كما لو دفع له بغلاً أو راوية ليستقي عليها أو شبكة ليصيد بها. حموي وقهستاني ط. قوله: **(لا يجاوز به)** بفتح الواو على البناء للمفعول، وقوله: «نصف ثمن ذلك» بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل اهـ. فتح: أي بعطي أجر المثل لو كان مثل نصف الثمن أو أقل، فلو أكثر لا يزاد على نصف الثمن لأنه رضي بنصف الثمن، ثم التعبير بنصف الثمن وقع في كافي الحاكم والهداية وغيرهما. قال ط: وذكر في النقاية أن أجر المثل لا يزاد على نصف القيمة، لأن المعين وصاحب العدة يطلبان

قيل تقديمهم قول محمد يؤذن باختياره. نهر وعناية.

(والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال، ولا عبرة بشرط الفضل) فلو كل المال لأحدهما فللآخر أجر مثله، كما لو دفع دابته لرجل ليؤجرها والأجر بينهما، فالشركة فاسدة والربح للمالك وللآخر أجر مثله، وكذلك السفينة والبيت، ولو لم يبع عليها البرّ فالربح لرب البر وللآخر أجر مثل الدابة.

أجر المثل عند تمام العمل، فربما لا يتيسر البيع عند تمام العمل فكيف يفرض نصف ثمنه حتى يطلب؟ حموي. وفي القهستاني: ولا يزاد على نصف القيمة: أي قيمة المباح يوم الأخذ إن كان له قيمة، وإلا فينبغي أن يكون الحكم فيه التضمين والقياس اهـ. قوله: **(يؤذن باختياره)** قال في العناية: وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد اهـ. أي لأن الدليل المتأخر يتضمن الجواب عن الدليل المتقدم، ومنه عادة صاحب الهداية أيضاً أنه يؤخر دليل القول المختار، وعبارة كافي الحاكم تؤذن أيضاً باختيار قول محمد حيث قال: فله أجر مثله لا يجاوز نصف الثمن في قول أبي يوسف. وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ ألا ترى أنه لو أعانه عليه فلم يصب شيئاً كان له أجر مثله اهـ. ونقل ط عن الحموي عن المفتاح أن قول محمد هو المختار للفتوى. وعن غاية البيان أن قول أبي يوسف استحسان اهـ.

مَطْلَبٌ: يُرَجَّحُ القِيَاسُ

قلت: وعليه فهو من المسائل التي ترجح فيها القياس على الاستحسان. قوله: **(والربح الخ)** حاصله أن الشركة الفاسدة إما بدون مال أو به من الجانبين أو من أحدهما، فحكم الأولى أن الربح فيها للعامل كما علمت والثانية بقدر المال، ولم يذكر أن لأحدهم أجراً لأنه لا أجر للشريك في العمل بالمشترك كما ذكروه في قفيز الطحان والثالثة لرب المال وللآخر أجر مثله. قوله: **(فالشركة فاسدة)** لأنه في معنى بيع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا فيكون كله لصاحب الدابة، لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحبه بأمره، وللعاقد أجرة مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجاناً. فتح.

تنبيه: لم يذكروا ما لو كانت الدابة بين اثنين دفعها أحدهما للآخر على أن يؤجرها ويعمل عليها على أن ثلثي الأجر للعامل والثلث للآخر وهي كثيرة الوقوع، ولا شك في فسادها لأن المنفعة كالعروض لا تصح فيها الشركة، وحينئذ فالأجر بينهما على قدر ملكهما، وللعامل أجر مثل عمله، ولا يشبه العمل في المشترك حتى نقول لا أجر له، لأن العمل فيما يحمل وهو لغيرهما. تأمل. وتمامه في حواشي المنح للخير الرملي، ويأتي قريباً ما يؤيده. قوله: **(وكذلك السفينة والبيت)** أي مثل الدابة. وفي البحر عن القنية: له سفينة فاشترك مع أربعة على أن يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس

ولو لأحدهما بغل وللآخر بعير فالأجر بينهما على مثل أجر البغل والبعير. نهر.

(وتبطل الشركة) أي شركة العقد (بموت أحدهما) علم الآخر أو لا لأنه عزل حكمي (ولو حكماً) بأن قضي بلحاقه مرتداً (و) تبطل أيضاً

لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية فهي فاسدة، والحاصل لصاحب السفينة، وعليه أجر مثلهم اهـ. قوله: (ولو لأحدهما بغل وللآخر بعير) أي وقد اشتركا على أن كلا يؤجر ما تقبل واحد والحاصل بينهما، فهو باطل أيضاً، لأن معنى هذا أن كلاً قال لصاحبه بع منافع دابتك ودابتي على أن ثمنه بيننا، ثم إن أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل، بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان، ولا تعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل، كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه، وإن أجر البغل أو البعير بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد، فلو أعانه الآخر على الحمل والنقل كان له أجر مثله. فتح. قوله: (على مثل أجر البغل) الأولى أجر مثل البغل، وقوله: «والبعير» أي وأجر مثل البعير، فلو البعير يؤجر بضعف ما يؤجر به البغل مثلاً فلصاحب البعير ثلثا الأجر ولصاحب البغل ثلثه اهـ. وإن أجر كل واحد منهما دابته وشرطا عملهما في الدابة أو عمل أحدهما من السوق والحمل وغير ذلك كان الأجر مقسوماً بينهما على قدر أجر مثل دابتهما وعلى مقدار أجر عملهما كما في الشركة اهـ. قال الخير الرملي: وهو مؤيد لما قلنا

فرع: أعطى بذر الفيلق رجلاً ليقوم عليه ويعلفه بالأوراق على أن ما حصل فهو بينهما فالفيلق لصاحب البذر لأنه حصل من بذره، وللرجل الذي قام عليه قيمة الأوراق وأجر مثله على صاحبه البذر، وعلى هذا دفع البقرة بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين، فما حدث فهو لصاحب البقرة وللآخر مثل علفه وأجر مثله. تاترخانية. قوله: (أي شركة العقد) أما شركة الملك فلا تبطل، وقول الدرر: وتبطل الشركة مطلقاً فالإطلاق فيه بالنظر للمفاوضة والعنان ط.

قلت: والمراد أن شركة الملك لا تبطل: أي لا يبطل الاشتراك فيها بل يبقى المال مشتركاً بين الحي وورثة الميت كما كان، وإلا فلا يخفى أن شركة الميت مع الحي تبطل بموته. تأمل. قوله: (بموت أحدهما) لأنها تتضمن الوكالة: أي شرط فيها ابتداء وبقاء، لأنه لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر، ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة، وبه اندفع ما قيل الوكالة تثبت تبعاً، ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل. فتح. فلو كانوا ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت في حقه لا تنفسخ في حق الباقين. بحر عن الظهيرية. قوله: (بأن قضى بلحاقه مرتداً) حتى لو عاد

(بإنكارها) وبقوله لا أعمل معك. فتح (وبفسخ أحدهما) ولو المال عروضاً، بخلاف المضاربة هو المختار. بزازية. خلافاً للزيلعي، ويتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي (وبجنونه مطبقاً) فالربح بعد ذلك للعامل لكنه يتصدق بربح مال المجنون. تاترخانية (ولم يزك أحدهما مال الآخر بغير إذنه، فإن أذن كل

مسلماً لم يكن بينهما شركة، وإن لم يقض بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع؛ فإن عاد مسلماً قبل الحكم بلحاقه، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق وانقطعت المفاوضة على التوقف هل تصير عناناً عنده لا وعندهما نعم. بحر عن الولوالجية ملخصاً. قوله: (بإنكارها) أي ويضمن حصة الآخر لأن جحود الأمين غصب. كذا في البحر. سائحاني. قوله: (وبقوله لا أعمل معك) هذا في المعنى فسخ فكان الأولى تأخيره عن قوله: (وبفسخ أحدهما).

وفي البحر عن البزازية: اشتركا واشتريا أمتعة ثم قال أحدهما لا أعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الأمتعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع، لأن قوله لا أعمل معك فسخ للشركة معه وأحدهما يملك فسخها وإن كان المال عروضاً، بخلاف المضاربة هو المختار اهـ. قوله: (بخلاف المضاربة) والفرق أن مال الشركة في أيديهما معاً وولاية التصرف إليهما جميعاً فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عروضاً، بخلاف مال المضاربة لأنه بعد ما صار عروضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه اهـ. فتح. قوله: (خلافاً للزيلعي) حيث قيد فسخ أحدهما الشركة بكون المال دراهم أو دنانير، فأفاد عدمه لو عروضاً كما في المضاربة، وهو قول الطحاوي. وصرح في الخلاصة بأن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضى صاحبه. قال في الفتح: وهذا غلط، وقد صحح هو: أي صاحب الخلاصة انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض اهـ. ووفق في البحر بين كلامي الخلاصة. واعترضه في النهر، وأجبنا عنه فيما علقناه على البحر. قوله: (ويتوقف الخ) تقييد للمتن. قوله: (لأنه عزل قصدي) لأنه نوع حجر، فيشترط علمه دفعاً للضرر عنه. فتح. قوله: (وبجنونه مطبقاً) فالشركة قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون فتنفسخ، فإذا عمل بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيعة عليه، وهو كالغاصب لمال المجنون فيطيب له ربح ماله لا ما ربح من مال المجنون، فيتصدق به. بحر عن التاترخانية. قال ط: وظاهره أنه لا يحكم بالفسخ إلا بإطباق الجنون، وهو مقدّر بشهر أو بنصف حول على الخلاف. قوله: (لكنه يتصدق الخ) والظاهر أنه يقال مثل ذلك فيما إذا تصرف أحدهما بالمال في صور بطلان الشركة السابقة، فإن الربح يكون للعامل ويتصدق بما ربح من مال الآخر. قوله: (ولم يزك أحدهما الخ) لأن الإذن بينهما في

وأديا معاً) أو جهل (ضمن كل نصيب صاحبه) وتقاصا أو رجع بالزيادة (وإن أديا متعاقبا كان الضمان على الثاني، علم بأداء صاحبه أو لا كالمأمور بأداء الزكاة) أو الكفارة (إذا دفع للفقير بعد أداء الآمر بنفسه) لأن فعل الآمر عزل حكمي؛ وقالا: لا يشترط العلم خلافاً لهما.

(اشترى أحد المتفاوضين أمة بإذن الآخر) صريحاً فلا يكفي سكوته (ليطأها فهي له) لا للشركة (بلا شيء) لتضمن الإذن بالشراء للوطء الهبة، إذ لا طريق لحله إلا بها لحرمة وطء المشتركة، وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، وقالا: يلزمه نصف الثمن (وللبائع) والمستحق (أخذ كل بثمنها) وعقرها لتضمن المفاوضة للكفالة.

(ومن اشترى عبداً) مثلاً (فقال له آخر أشركني فيه فقال فعلت،

التجارة والزكاة ليست منها، ولأن أداء الزكاة من شرطه النية، وعند عدم الإذن لا نية له فلا تسقط عنه لعدمها. ط عن الحموي. قوله: (وأديا معاً) أي أدى كل منهما عن نفسه وعن شريكه ح. وصورته كما قال ابن كمال: بأن أدى كل منهما بغيبة صاحبه و تفق أداؤهما في وقت واحد. قوله: (وتقاصا) أي إن كانت مفاوضة أو عناناً تساويا فيها ط. قوله: (أو رجع) أي بالزيادة إن كانت عناناً لم يتساو فيها المالان ط. قوله: (اشترى أحد المتفاوضين) قيد التقييد بالمتفاوضين اتفاق، وفيه نظر لأن قوله: «وللبائع أخذ كل بثمنها» لا يشمل العنان لعدم تضمنها الكفالة. وأيضاً فإن شريك العنان له أن يشتري ما ليس من جنس تجارتهما، ويقع الشراء له ويطالب بالثمن، وكذا يقع الشراء له إذا اشترى من جنس تجارتهما بعدما صار المال عروضاً كما مر قبيل قول المصنف: «وتبطل بهلاك المالين». قوله: (بإذن الآخر) قيد به، لأنه لو اشتراها للوطء بلا إذن كانت شركة. بحر. قوله: (للوطء) متعلق بالشراء، وقوله: «الهبة» بالنصب مفعول «لتضمن». قوله: (وقالا يلزمه نصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه. بحر. والمتون على قول الإمام. قوله: (وللبائع الخ) لأنه دين وجب بسبب التجارة. بحر. والمراد بالتجارة الشراء فإنه من أنواعها كما مر في قوله: «وكل دين لزم أحدهما بتجارة» فافهم. قوله: (وعقرها) يرجع إلى المستحق. قال ح: فهو نشر مرتب. قوله: (للكفالة) متعلق بتضمن، واللام فيه للتقوية، وهي الداخلة على معمول المتعدي بنفسه إذا كان عمولاً على الفعل أو متأخراً عن معموله. وما هنا من الأول، فافهم. قوله: (ومن اشترى) بمعنى المفرد؛ لما في الفتح: لو اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه، لأن كلاً صار مملكاً نصف نصيبه.

إن قبل القبض لم يصح، وإن بعده صح ولزمه نصف الثمن، وإن لم يعلم بالثمن خير عند العلم به، ولو قال: أشركني فيه فقال نعم ثم لقيه آخر وقال مثله وأجيب بنعم، فإن كان القائل (عالماً بمشاركة الأول فله ربعه، وإن لم يعلم فله نصفه) لكون مطلوبه شركته في كامله (و) حينئذ (خرج العبد من ملك الأول) ما اشتريت اليوم من أنواع التجارة فهو بيني وبينك فقال نعم جاز. أشباه. وفيها: تقبل ثلاثة

وفي الاستحسان: له ثلثه لأنهما حين أشركاه سوياه بأنفسهما فكأنه اشترى العبد معهما اهـ. قوله: (إن قبل القبض لم يصح) قال في الفتح: اعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبني على صيرورة المشتري بائعاً للذي أشركه وهو استفاد الملك منه، فانبنى على هذا أن من اشترى عبداً فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلاً لم يجز، لأنه بيع ما لم يقبض، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن، ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه، لأن لفظ أشركتك صار إيجاباً للبيع اهـ.

قلت: ومثله قوله في الذخيرة «اشترى شيئاً ثم أشرك آخر فيه» فهذا بيع النصف بنصف الثمن الذي اشتراه به اهـ. ومقتضاه أنه يثبت فيه بقية أحكام البيع من ثبوت خيار العيب والرؤية ونحوه، وأنه لا بد من علم المشتري بالثمن في المجلس، وهو خلاف المتبادر من قول المصنف: «وإن بعده صح الخ» فتأمل. قوله: (ولزمه نصف الثمن) بناء على أن مطلق الشركة يقتضي التسوية، قال الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] إلا أن يبين خلافه. فتح. قوله: (ثم لقيه آخر) أما لو أشرك اثنين صفقة واحدة، كان العبد بينهم أثلاثاً. فتح وكافي. قوله: (فإن كان القائل) أي الثاني. قوله: (فله ربعه) أي ربع جميع العبد، لأنه طلب منه الإشراك في نصيبه ونصيبه النصف. بحر. قوله: (لكون مطلوبه شركته في كامله) لأنه حيث لم يعلم بمشاركة الأول يصير طالباً لشراء النصف وقد أجابه إليه.

تنبيه: لا يخفى أن هذه الشركة شركة ملك. وفي التاترخانية عن الشفاء: مثل والدي عن أحد شريكي عنان اشترى بما في يده من المال عروضاً ثم قال لأجنبي أشركتك في نصيبي مما اشتريت قال: يصير شريكاً له شركة ملك. قوله: (ما اشتريت اليوم الخ) ذكر اليوم غير قيد كما في الهداية. وفي كافي الحاكم: وإن اشتركا بلا مال على أن ما اشتريا من الرقيق فهو بينهما جاز، وكذلك لو قالا في هذا الشهر فخص العمل والوقت، فإن قال أحدهما اشتريت متاعاً فهلك مني وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق، فإن برهن على الشراء والقبض ثم ادعى الهلاك صدق بيمينه، وإن شرط الربح أثلاثاً بطل الشرط والربح بينهما نصفان، ولا يستطيع أحدهما الخروج من الشركة إلا بمحضر من صاحبه اهـ ملخصاً. زاد في البحر عن الظهيرية: وليس لواحد منهما

عملاً بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين.

فروع: القول لمنكر الشركة. برهن الورثة على المفاوضة لم يقبل حتى يبرهنوا أنه كان مع الحيّ في حياة الميت. برهنوا على الإرث والحي على المفاوضة قضى له بنصفه فتح.

تصرف أحد الشريكين في البلد والآخر في السفر وأراد القسمة فقال ذو اليد

أن يبيع حصة الآخر مما اشترى إلا بإذن صاحبه لأنهما اشتركا في الشراء لا في البيع اهـ. فأفاد أن هذه شركة ملك لا عقد، وقدمنا عن الولوالجية: اشتركا على أن ما اشتريا من تجارة فهو بيننا يجوز، ولا يحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت، لأن كلاً منهما صار وكيلاً عن الآخر في نصف ما يشتريه، وغرضه تكثير الربح، وذلك لا يحصل إلا بعموم هذه الأشياء. وفي التاترخانية عن المنتقى قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لآخر معي عشرة آلاف فخذها شركة نشتري بيني وبينك قال: هو جائز والربح والوضيعة عليهما اهـ. قوله: (ولا شيء للآخرين) لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل، لأن المستحق على كلّ منهم ثلثه بثلث الأجر، فإذا عمل أحدهم الكل صار متطوعاً في الثلثين فلا يستحق الأجر اهـ ح عن البحر. قال ابن وهبان: هذا في القضاء، أما في الديانة فينبغي أن يوفيه بقية الأجرة، لأن الظاهر من حال العامل أنه إنما عمل الجميع على الظن أن يعطيه جميع الأجرة فلا ينبغي أن يخيب ظنه. قوله: (القول لمنكر الشركة) أي إذا كان المال في يده فادعى عليه آخر أنه شاركه مفاوضة فالقول للجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة، لأنه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر. فتح. قوله: (برهن الورثة الخ) أي إذا مات أحد المفاوضين والمال في يد الحيّ فبرهن الورثة على المفاوضة لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي، لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه بالموت، ولأنه لا حكم فيما شهدا به على المال الذي في يده في الحال، لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما، إلا أن يبرهنوا أنه كان في يده في حياة الميت أو أنه من شركتهما، فإنه حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه. فتح. قوله: (برهنوا على الإرث) يعني والمال في أيديهم كما في الفتح. قوله: (قضى له بنصفه) أي ترجيحاً لبينته على بينتهم لأنه خارج يدعي نصف المال على ذي اليد بعقد المفاوضة مع المورث. قوله: (تصرف أحد الشريكين في البلد الخ) تخصيص أحدهما بكونه تصرف في البلد والآخر في السفر مبني على كونه صورة الواقعة، أو ليفيد أن القول لذي اليد وإن لم يعلم صاحبه بما صنع.

قد استقرضت ألفاً فالقول له إن المال في يده. شروا كرماً فاعو ثمرته

مطلب: إذا قال الشريك استقرضت ألفاً فالقول له إن المال بيده

قوله: (فالقول له إن المال في يده) لأنه حينئذ أمين، فقد ادعى أن الألف حق الغير، بخلاف ما إذا لم يكن في يده لأنه يدعي ديناً عليه، فلو قال لي في هذا المال الذي في يدي كذا يقبل أيضاً كما يقبل أنه للغير. تأمل. وهي واقعة الفتوى، وبه أفتيت. رملي على المنح. وأفتى أيضاً في الخيرية فيما إذا قال الذي في يده المال كنت استدنت من فلان كذا للشركة ودفعت له دينه بأن القول قوله بيمينه، واستدل له بما في المنح عن جواهر الفتاوى، وهو ما ذكره الشارح هنا. ويؤيده ما في الحامدية عن محيط السرخسي في فصل ما يجوز لأحد شريكي العنان: لو استقرض أحدهما مالاً لزمهما لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى، لأنه يملك المستقرض ويلزمه رد مثله فيشابه المصارفة أو الاستعارة، وأيهما كان نفذ على صاحبه اهـ. ومثله في الولوالجية، وكذا في الخانية من فصل شركة العنان. لكن في الخانية أيضاً قال أحد شريكي العنان إني استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة لزمه خاصة دون صاحبه، لأن قوله لا يكون حجة لإلزام الدين عليه، وإن أمر أحدهما صاحبه بالاستدانة لا يصح الأمر ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل، لأنه توكيل بالتكدي إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلاناً يستقرض منك ألف درهم فحينئذ يكون المال على الموكل لا على الوكيل اهـ. أي لأنه يكون حينئذ رسولاً والمستقرض هو المرسل. وكذا لو قال في الولوالجية: وإن أذن كل منهما لصاحبه بالاستدانة عليه لزمه خاصة، فكان للمقرض أن يأخذ منه وليس له أن يرجع على شريكه، وهو الصحيح لأن التوكيل بالاستقراض باطل فصار الإذن وعدمه سواء اهـ.

قلت: ويظهر من هذا أن في المسألة قولين: أحدهما ما مر عن المحيط من أن لكل من شريكي العنان الاستقراض لأنه تجارة: أي مبادلة معنى. والثاني عدم الجواز ولو بصريح الإذن، وهو الصحيح لموافقته لقولهم: إن التوكيل بالاستقراض باطل لأنه توكيل بالتكدي. وبيانه أن الاستقراض تبرع ابتداء فكان في معنى التكدي: أي الشحاذة. ويتفرع على ذلك أنه لو استقرض بالإذن وهلك القرض يهلك عليهما على القول الأول. وعلى الثاني يهلك على المستقرض، لكن لا يخفى أن هذا لا ينافي ما مر عن الجواهر، لأن ما استقرضه أحدهما يملكه المستقرض لعدم صحة الإذن فيعد عليه، فإذا أخذ المال ووضعه في مال الشركة وكان المال في يده يصدق على أخذ نظيره لما قدمه المصنف أن الشريك أمين في المال فيقبل قوله بيمينه. وأما قوله: دفعت له

ودفعوه لأحدهم ليحفظه فدسه في التراب ولم يجده حلف فقط.

دفع لآخر مالاً أقرضه نصفه وعقد الشركة في الكل فشرى أمتعة فطلب رب المال حصته، إن لم يصبر لنضه أخذ المتاع بقيمة الوقت.

أن يرجع على شريكه بما ذكر فيما إذا هلك القرض، فلا ينافي قبول إقراره إن بعض هذا المال قرض، وأراد أخذ نظيره، إذ لا رجوع في ذلك على الشريك، وكذا لا ينافي ما قدمناه عند قوله: «لا يصح إقراره بدين» من أنه يلزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه الخ لما قلنا؛ نعم يشكل عليه ما مر هناك في الشرح من أنه لو أقر بجارية في يده من الشركة أنها لرجل لم يجز في حصة شريكه، إلا أن يجاب بأن المراد ما إذا علم ببينة أو إقرار أنها من المال المشترك بينهما إذ لا يصدق على شريكه بل إقراره يقتصر عليه، هذا ما ظهر لي في هذا المقام فاغتنم تحريره والسلام. قوله: **(ودفعوه)** أي الثمن المفهوم من البيع التزاماً والمصنف صرح به اهـ ح. قوله: **(فدسه في التراب)** أي تراب الكرم المحصن بباب وغلق، ولو في الأرض المملوكة لم يضمن إن جعل علامة، وإلا ضمن كالوضع في المفازة مطلقاً جامع الفصولين. والفرق بين الكرم والأرض أن الكرم مطلوب لأجل الثمار فلا بد من كونه محرزاً، وأما الأرض فليست مقصودة ... فافهم. قوله: **(أقرضه نصفه)** يحتمل أن يكون الإقراض بعد إفرازه أو قبله، فإن قرض المشاع جائز بالإجماع كما في جامع الفصولين.

مطلب: دفع ألفاً على أن نصفه قرض ونصفه مضاربة أو شركة

وفي مضاربة التاترخانية: ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها قرض على أن تعمل بالنصف الآخر على أن يكون الربح لي جاز ولا يكره، فإن تصرف بالألف وربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما، لأن نصف الألف صار ملكاً للمضارب بالقرض والنصف الآخر بضاعة في يده؛ وإن على أن نصفها قرض ونصفها مضاربة بالنصف جاز ولم يذكر الكراهة هنا اهـ.

قلت: ويظهر عدم الكراهة في الثاني بالأولى. والظاهر أن الشركة كالمضاربة لو دفع ألفاً نصفها قرض على أن يعمل بالألف بالشركة بينهما والربح بقدر المالين مثلاً، وأنه لا كراهة في ذلك لأنه ليس قرضاً جر نفعاً. قوله: **(فطلب رب المال حصته)** أي ما كان من الشركة فقط، والمراد أنه طالب بمال القرض، فإن صبر إلى أن يصير مال الشركة ناضاً: أي دراهم ودنانير يأخذ ما أقرضه من جنسه؛ وإن لم يصبر لنضه أخذ متاعاً بقيمة الوقت، والظاهر أنه مقيد برضا شريكه، وإلا فله دفع قرضه من غير المتاع إن كان له غيره أو بأمره القاضي ببيعه، وإنما قلنا: إن المراد مال القرض، لأنه لو كان المراد قسمة حصته من مال الشركة فإنه يقوم بقيمته يوم الشراء، ويكون الربح بينهما على

بينهما متاع على دابة في الطريق سقطت فاكترى أحدهما بغيبة الآخر خوفاً من هلاك المتاع أو نقصه رجع بحصته. قنية.

دابة مشتركة قال البيطارون لا بد من كيها فكواها الحاضر لم يضمن.

دار بين اثنين سكن أحدهما وخربت، إن خربت بالسكنى ضمن.

طاحون مشتركة قال أحدهما لصاحبه عمرها فقال هذه العمارة تكفيني لا أرضى بعمارتك فعمرها لم يرجع. جواهر الفتاوى.

وفي السراجية: طاحون مشترك أنفق أحدهما في عمارتها فليس بمتطوع؛ ولو أنفق على عبد مشترك أو أدى خراج كرم مشترك فهو متطوع الكل. من منح المصنف.

نحوه، كما نقله في البحر عن التتابع. قوله: (بينهما متاع الخ) ولو كان بينهما بعير حمل عليه أحدهما بأمر شريكه فسقط في الطرق فنحره: إن كان ترجى حياته ضمن، وإلا فلا، ولو نحره أجنبي يضمن مطلقاً وهو الأصح، وكذا الشاة لو ذبحها الراعي على هذا التفصيل، ولو ذبحها غيره يضمن. ط ملخصاً عن الهندية. قوله: (دابة مشتركة) أي بين حاضر وغائب ط. قوله: (قال البيطارون) جمع بيطار: معالج الدواب. قاموس ط. قوله: (لم يضمن) أي إذا هلكت لأنه اعتمد على خبر أهل المعرفة، ومفهومه أنه لو فعله من تلقاء نفسه ضمن ط. قوله: (سكن أحدهما الخ) تقدمت مسائل الانتفاع بالمشترك في غيبة شريكه أول الباب عند قوله: فإلا في الخلط والاختلاط، وقدمنا الكلام عليها. قوله: (طاحون مشتركة) المراد بها كل ما لا يقسم ط. قوله: (عمرها) بصيغة الأمر: أي قال للآخر عمرها معي، فافهم. قوله: (لم يرجع) لأن شريكه يجبر على أن يفعل معه كما يعلم من الضابط الآتي. قوله: (فليس بمتطوع) مخالف لما قبله وللضابط. قوله: (فهو متطوع) لأنه يجبر على الإنفاق وعلى أداء الخراج ط.

تَطْلَبُ مُهِمٌّ فِيمَا إِذَا امْتَنَعَ الشَّرِيكُ مِنَ الْعِمَارَةِ وَالْإِنْفَاقِ فِي الْمُشْتَرَكِ

قال في جامع الفصولين: جاز الجبر على الإنفاق في قن وزرع ودابة مشتركة، ولم يجبر ذو السفل على البناء لأنه في الأول يصير الممتنع عن النفقة متلفاً حقاً ثابتاً لشريكه فيجبر، بخلاف الثاني لأن حق ذي العلو فائت؛ إذ حقه قرار العلو على السفل ولم يبقيا، لكن يأتي في الحائط المشترك: لو انهدم وعرصته عريضة: قيل لا يجبر، وقيل يجبر، وهو الأشبه لتضرر الشريك، فعلى هذا القول ينبغي أن يجبر ذو السفل على البناء اهـ. ملخصاً. وذكر قبيله في قن أو زرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعاً، بخلاف ذي العلو مع أن كلا لا يصل إلى إحياء حقه إلا بالإنفاق.

قلت: والضابط أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه إذا فعله أحدهما بلا

والفرق أن الأول غير مضطر، لأن شريكه لو حاضراً يجبره القاضي على الإنفاق، ولو غائبة يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطرار كان متبرعاً أما ذو العلو فمضطر في بناء السفل، إذ القاضي لا يجبره لو حاضراً فلا يأمر غيره لو غائباً، والمضطر ليس بمتبرع اهـ ملخصاً.

وحاصله: أن في الجبر على الإنفاق على القن والزرع قولين، وأنه ينبغي أن يكون ذو السفل كذلك. قوله: (والضابط الخ) نقل هذا الضابط في متفرقات قضاء البحر عن الإمام الحلواني.

قلت: ولا بد من تقييده بما إذا كان مريد الإنفاق مضطراً إلى إنفاق شريكه معه فيقال: إذا كان أحدهما مضطراً إلى الإنفاق معه وأنفق بلا إذن الآخر، فإن كان الآخر الممتنع يجبر على الفعل معه فهو متطوع لتمكنه من رفعه إلى القاضي ليجبره وإلا لا: أي وإن لم يجبر الممتنع لا يكون متطوعاً. فالأول كما في الثلاث التي ذكرها الشارح وكما في قن وزرع ودابة على أحد القولين، والثاني كما في سفل انهدم، فإن صاحبه لا يجبر على البناء على ما مر، فذو العلو مضطر إلى البناء وصاحبه لا يجبر، فإذا أنفق ذو العلو لا يكون متبرعاً، ومثله الحائط المنهدم إذا كان عليه حمولة الآخر على ما يأتي بيانه، بخلاف ما إذا كان مريد الإنفاق غير مضطر وكان صاحبه لا يجبر كدار يمكن قسمتها وامتنع الشريك من العمارة فإنه لا يجبر فلو أنفق عليها الآخر بلا إذنه فهو متبرع لأنه غير مضطر، إذ يمكنه أن يقسم حصته ويعمرها كما صرح به في الخانية، ويعلم مما يأتي من التقييد بما لا يقسم أيضاً، وبه علم أنه لا بد من التقييد بالاضطرار كما قلنا، وإلا لزم أن لا يكون متبرعاً حيث أمكنته القسمة. وعلى هذا يحمل ما في جامع الفصولين حيث قال: والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه لا فيما يجبر، ففي الأول يرجع لا في الثاني لو فعله بلا إذن، وهذا يخلصك عن الاضطراب الواقع في هذا الباب اهـ ملخصاً، فافهم هذا.

وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: حمام بين رجلين أو دولاب ونحوه مما تفوت بقسمته المنفعة المقصودة احتاج إلى المرمة وامتنع أحدهما منها. قال بعضهم: يؤجرها القاضي ليرمها بالأجرة أو يأذن لأحدهما بالإجارة ويأخذ المرمة منها. وقال بعضهم: إن القاضي يأذن لغير الآبي بالإنفاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدي حصته، والفتوى على هذا القول اهـ. ومثله في الخيرية عن الخانية.

قلت: وهذا زيادة بيان لما سكت عنه الضابط المذكور، وهو أنه إذا اضطر ورفع الأمر إلى القاضي ليجبره ثم امتنع تعنتاً أو عجزاً يأذن القاضي للمضطر ليرجع، بقي أنه لم يذكر بماذا يرجع.

وفي جامع الفصولين: حائط بينهما وهي وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه. ولو هدما حائطاً بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر، ولو انهدم لا يجبر، ولكنه يبني الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي اهـ. ونقل هذا الحكم في شرح الوهبانية عن الذخيرة في مسألة انهدام السفل وقال: إنه الصحيح المختار للفتوى. فعلم أن هذا فيما لا يجبر عليه كالحائط والسفل، أما ما يجبر عليه مثل ما لا يقسم ولا بد فيه عند الامتناع من إذن القاضي كما علمت، خلافاً لما سيأتي عن الأشباه. وبه يظهر لك ما في قسمة الخيرية، حيث سئل في عقار لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام إذا احتاج إلى مرمة وأنفق أحد الشريكين من ماله، أجاب: لا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء بقدر حصته كما حققه في جامع الفصولين، وجعل الفتوى عليه في الولوالجية، قال في جامع الفصولين معزياً إلى فتاوى الفضلي: طاحونة لهما أنفق أحدهما في مرمتها بلا إذن الآخر لم يكن متبرعاً، إذ لا يتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا به اهـ. فراجع كتب المذهب، فإن في هذه المسألة وقع خبط واضطراب في كلام الأصحاب اهـ. ملخصاً.

قلت: ما نقله في جامع الفصولين عن الفضلي قال عقبه أقول: ينبغي أن يكون على تفصيل قدمته اهـ.

قلت: أراد بالتفصيل ما مر من إناطة الرجوع وعدمه على الجبر وعدمه.

وحاصله أنه لم يرض بما في فتاوى الفضلي، لأن الشريك في الطاحون يجبر لكونها مما لا يقسم، فلا يرجع المعمر بلا إذنه وبلا أمر القاضي. ويمكن تأويل كلام الفضلي بحمله على ما إذا أنفق بأمر القاضي أو هو قول آخر كما يأتي. وأما ما في الولوالجية فقد ذكره في مسألة السفل، وهو ما قدمناه آنفاً عن شرح الوهبانية عن الذخيرة بعينه، وهذه المسألة لا يجبر فيها الشريك فيرجع عليه المعمر وإن عملا بلا إذنه كما علمت ولا تقاس عليها مسألة الطاحون.

مطلب في الحائط إذا خرب وطلب أحد الشريكين قسمته أو تعميره

والذي تحصل[1] في هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه

---

(١) في ط (قوله والذي تحصل الخ) قد نظمت هذا الحاصل لتسهيل حفظه فقلت:

وإن [illegible] شريك [illegible]	بدون إذن [illegible]
إذا لم يكن لذلك مضطراً [illegible]	[illegible] فلذلك [illegible]
[illegible] إذا اضطر لذا وكان [illegible]	أبى على الشريك [illegible]
بإذنه أو إذن قاض يرجع	[illegible]

إذن فهو متطوع وإلا لا، ولا يجبر الشريك على العمارة إلا في ثلاث: وصي، وناظر، وضرورة تعذر قسمة ككري نهر ومرمة قناة وبئر ودولاب وسفينة معيبة وحائط لا يقسم أساسه، فإن كان الحائط يحتمل القسمة يبني كل واحد في نصيبه

بأن أمكنه القسمة فأنفق بلا إذنه فهو متبرع، وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلا بد من إذنه أو أمر القاضي فيرجع بما أنفق، وإلا فهو متبرع إن اضطر وكان شريكه لا يجبر، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضي رجع بما أنفق أو لا فبالقيمة، فاغتنم تحرير هذا المقام الذي هو مزلة أقدام الأفهام. قوله: (وصي وناظر) قال في وصايا الخانية: جدار بين دار صغيرين عليه حمولة يخاف عليه السقوط ولكل صغير وصي فطلب أحد الوصيين مرمة الجدار وأبى الآخر. قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يبعث القاضي أميناً ينظر فيه إن علم أن في تركه ضرراً عليهما أجبر الآبي أن يبني مع صاحبه وليس هذا كإباء أحد المالكين، لأن ثمة الآبي رضي بدخول الضرر عليه فلا يجبر، أما هنا الوصي أراد إدخال الضرر على الصغير فيجبر أن يرم مع صاحبه اهـ.

قلت: ويجب أن يكون الوقف كمال اليتيم، فإذا كانت الدار مشتركة بين وقفين واحتاجت إلى المرمة فأرادها أحد الناظرين وأبى الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف، وقد صارت حادثة الفتوى، كذا في متفرقات قضاء البحر.

قلت: بقي لو كانت الشركة بين بالغ ويتيم، وينبغي أنه لو كان الضرر على البالغ لا يجبر وصي اليتيم بخلاف العكس، وكذا لو بين يتيمين والضرر على أحدهما، بأن كانت حمولة الجدار له فينبغي أن يجبر وصي المتضرر لو امتنع، وكذا يقال في الوقف مع الملك. تأمل. قوله: (وضرورة تعذر قسمة) الإضافة للبيان ط. قوله: (ككري نهر) أي تعذيله. قوله: (فإن كان الحائط يحتمل القسمة) أي يحتمل أساسه القسمة، بأن كان عريضاً. وفي المسألة تفصيل، لأنه إما أن يكون عليه حمولة أو لا؛ ففي الثاني إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فقيل لا يجبر مطلقاً، وقيل يجبر لو عرصته عريضة، وبه يفتى. وإن طلب أحدهما البناء لا القسمة: فلو عريضة لا يجبر الآبي، ولو غير عريضة: قيل لا يجبر أيضاً، وقيل يجبر وهو الأشبه؛ وإن بنى أحدهما قيل لا يرجع لو عريضة لأنه غير مضطر فيه وفي الأول، وهو هو ما إذا كان عليه حمولة، فإما أن تكون الحمولة لهما أو لأحدهما، فإن كانت لهما فإن طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لا يجبر الآخر ولو عريضة، إذ لكل منهما حق في كامل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط.

ثم إذا المضطر ولا جبر كسما	في السفل والمعلو يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى	لذا وإلا فبقيمة البنا

السترة لم يجبر وإلا أجبر، وكذا كل ما لا يقسم كحمام وخان وطاحون، وتمامه في متفرقات قضاء البحر والعيني والأشباه. وفي غصب المجتبى، زرع بلا إذن شريكه تدفع له شريكه نصف البزر ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده جاز، وإن أراد قلعه يقاسمه فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع، والصواب نقصان الزرع.

وإن طلب أحدهما البناء: قيل لا يجبر الآبي لو عريضة، وقيل مطلقاً، وقيل يجبر مطلقاً، وبه يفتى، إذ في عدم الجبر تعطيل حق شريكه، وهو وضع الجذوع على جميع الحائط، ولو بنى بلا إذنه، قيل لو عريضة لا يرجع وقيل يرجع، وهو الصحيح لأنه مضطر، كما لو كانت غير عريضة. لكن مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر عليه كما مر تحقيقه، فينبغي أن يفتى بأنه متبرع. وإن كانت الحمولة لأحدهما وطلب صاحبها القسمة يجبر الآبي لو عريضة، وهو الصحيح وبه يفتى، ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر. ولو بنى فالصحيح أنه يرجع لما مر أنه مضطر، ولو بناه الآخر والعرصة عريضة فهو متبرع، ثم في كل موضع لم يكن الباني متبرعاً كان له منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على ما مر، فلو قال صاحبه أنا لا أنتفع بالمبنى، قيل لا يرجع الباني، وقيل يرجع اهـ. جامع الفصولين ملخصاً. قوله: (وإلا أجبر) أي وإن لم يحتمل القسمة أجبر الآبي على البناء وهو الأشبه كما مر. قوله: (كحمام الخ) أي إذا احتاج إلى مرمة أو تنور أو نحوه، بخلاف ما إذا خرب وصار صحراء، لأنه يمكن قسمته كما في جامع الفصولين. قوله: (بلا إذن شريكه) أي في الأرض بأن كانت مشتركة بينهما نصفين. قوله: (لم يجز) لأنه بيع معدوم فلا يصح قره معدوم. قوله: (وإن أراد) أي غير الزارع. قوله: (يقاسمه) أي يقاسمه الأرض المشتركة بينهما. قوله: (فيقلعه) أي يقلع الزرع من نصيبه من الأرض، ونظير هذا ما قالوا فيما لو بنى في دار مشتركة وطلب الآخر رفع البناء فإنه يقاسمه الدار ويأمره بهدم ما خرج من البناء في حصته. قوله: (ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع) أي نقصان نصف الأرض لو نقصت لأنه غاصب في نصيب شريكه. شرح الملتقى. قوله: (والصواب نقصان الزرع) هذا من عند الشارح، لأن عبارة المجتبى انتهت عند قوله: انقصان الأرض بالقلع كما وجدته في نسخة معتمدة من نسخ المجتبى، ولا وجه لتصويب الشارح، فإن نقصان الزرع بإرادة مالكه على الخصوص، أما نقصان الأرض بالقلع فمضرّ للشريك لكونها ملكهما، فإن القسمة وقعت على الزرع فقط لا على الأرض أيضاً، هذا ما ظهر لي، فتأمل اهـ ح.

قلت: في عبارته قلب، والصواب أن يقول: فإن القسمة وقعت على الأرض فقط

وفي قسمة الأشباه المشترك: إذا انهدم فأبى أحدهما العمارة، فإن احتمل القسمة لا جبر وقسم، وإلا بنى ثم آجره ليرجع، وتمامه في شركة المنظومة المحبية، وفيها: [الرجز]

بَاعَ شَرِيكٌ حِصَّةً لآخَرِ ... وَلَوْ بِلا إِذْنِ شَرِيكٍ نَاظِرِ
فِيمَا عَدَا الخَلْطِ وَالاخْتِلاطِ ... يَجُوزُ ذَاكَ البَيْعُ وَالتَّعَاطِي
ثُمَّ الشَّرِيكُ هَا هُنَا لَوْ بَاعَا ... حِصَّتَهُ مِنْ فَرَسٍ وَابْتَاعَا
ذَلِكَ مِنْهُ الأَجْنَبِيُّ فَهَلَكَا ... وَكَانَ ذَا بِغَيْرِ إِذْنِ الشُّرَكَا
فَإِنْ يَشَاؤُوا ضَمَّنُوا الشَّرِيكَ أَوْ ... مَنِ اشْتَرَى مِنْهُ عَلَى مَا قَدْ رَوَوْا

لا على الزرع أيضاً. على أن ما فهمه من كلام الشارح غير متعين، ويبعد من هذا الشارح الفاضل أن يفهم هذا الفهم الباطل، بل مراده أن الصواب أن يقول: ويضمن الزارع نقصان الأرض بالزرع، لكنه اختصر العبارة فقال: لنقصان الزرع من إضافة المصدر إلى فاعله: أي ما نقصها الزرع. ووجه التصويب أن الأرض ينقصها الزرع لا القلع لأنها تحرث لأجل الزرع، فإذا زرعت ونبت الزرع تحتاج إلى حرث آخر، بل بعض أنواع الزرع يعطل الأرض بحيث لا يمكن زراعتها حتى تترك عامين أو أكثر. أما نفس القلع فليس ضرر الأرض منه، فافهم. قوله: (وإلا بنى ثم آجره ليرجع) أي آجره بإذن القاضي ليأخذ ما أنفقه من الأجرة، وهذا أحد قولين. والثاني أن القاضي يأذن له بالإنفاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدي حصته، وقدمنا عن شرح الوهبانية للشرنبلالي أن الفتوى على هذا القول. وعبارة الأشباه كما ذكره الشارح في آخر القسمة: وإلا بنى ثم آجره ليرجع بما أنفق لو بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء اهـ. وقدمنا أن هذا التفصيل فيما لا يجبر فيه الشريك. قوله: (باع شريك الخ) أي شركة الملك، وهذه المسألة تقدمت متناً أول الباب عند قوله: وكل أجنبي في مال صاحبه الخ. قوله: (وهلكا) أي الفرس والألف فيه للإطلاق، والمراد أنه هلك بيد المشتري. قوله: (وكان ذا) أي البيع المقرون بالتسليم، إذ البيع وحده لا يوجب الضمان لعدم تحقق الغصب به كما ذكروه في كتاب الغصب. وفي البزازية قال: بعت الوديعة وقبضت ثمنها لا يضمن ما لم يقل دفعتها إلى المشتري. قوله: (فإن يشاؤوا الخ) أي الشركاء. وفي الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية والمنح: لهما دابة فباع أحدهما نصيبه وسلمها إلى المشتري بغير إذن شريكه فهلكت عند المشتري فالشريك مخير بين أن يضمن شريكه أو المشتري، فإن ضمن الشريك جاز بيعه في نصف الثمن له، وإن ضمن المشتري رجع بنصف الثمن على بائعه والبائع لا يرجع بما ضمن على أحد

وَإِنْ يَكُنْ كُلُّ شَرِيكٍ آجِرَا ... حِصَّتَهُ ثُمَّ لَهُ مِنْ آخَرَا
وَكَانَ شَخْصٌ مِنْهُمَا قَدْ أَذِنَا ... لِذَا فِي تَعْمِيرِهَا وَبِالْبِنَا
فَلَا رُجُوعَ صَاحِ لِلْمُسْتَأْجِرِ ... فِي ذَا الْبِنَا عَلَى الشَّرِيكِ الْآخَرِ

كما هو حكم الغاصب اهـ. وبه علم أن معنى الضمان هو التسليم إلى المشتري بدون إذن الشركاء لا مجرد البيع كما قلناه فافهم. ووجه الاختيار هو أن البائع كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب. قوله: (وإن يكن كل شريك آجر الخ) هذه المسألة سئل عنها الإمام الفضلي وأجاب فيها بعدم الرجوع. ثم قال: يحتمل أن يقال المستأجر يقوم مقام مؤجره فيما أنفق فيرجع على مؤجره، وهو: أي مؤجره على شريكه. ويحتمل أن يقال: المستأجر إنما رجع على مؤجره بالأمر، وأمره إنما يجوز على نفسه لا على غيره، فالمستأجر متبرع في نصيب شريكه فلا يرجع على أحد اهـ. وناقشه في جامع الفصولين بقوله: أقول: لو رمّ المؤجر بنفسه، فلو كان له الرجوع على شريكه ينبغي أن يرجع المستأجر على مؤجره وهو على شريكه لصحة الأمر إذا أمر فيما له فعله فكأنه رمّ بنفسه، فلا معنى لقوله: وأمره إنما يجوز على نفسه لا على غيره، ولو لم يكن له الرجوع إذا رمّ بنفسه لم يجز أمره على حق شريكه فلا رجوع، فلا يفيد قوله: يقوم مقام مؤجره.

فالحاصل أن أحد الاحتمالين باطل، إلا أن يكون قولان في رجوع المؤجر لو رمّ بنفسه. والظاهر أن فيه قولين على ما يظهر مما تقدم؛ ولو رمّه المؤجر بنفسه يتأتى فيه ما مر من تفصيل المطالبة وتركها والحضور والغيبة وأمر القاضي وعدمه، فينبغي أن يكون رجوعه على التفصيل اهـ.

قلت: وهو كلام وجيه، لكن تقدم عن فتاوى الفضلي أنه لو أنفق في مرمة الطاحون لم يكن متبرعاً: أي بناء على أن الآبي لا يجبر، وهو مخالف للضابط المتقدم كما قدمنا تحريره، فالظاهر أن كلام الفضلي هنا مبني على ما ذكره في فتاواه فيرجع لو رمّ بنفسه أو رمّ مأموره وهو المستأجر، لأنه أمر بما يملك فعله فيرجع المستأجر عليه وهو يرجع على شريكه، أما عدم رجوع المستأجر على شريك المؤجر فظاهر لأنه أجنبي عنه. وقد كتب الشارح هنا على الهامش عند قوله: «فلا رجوع صاح للمستأجر الخ» ما نصه: قلت ظاهره أنه يرجع على الآذن. بقي بم يرجع بكله أو بحصته فليراجع اهـ.

قلت: صريح عبارة الفضلي المارة أنه يرجع على الآذن وهو المؤجر، وأنه يرجع بالكل على الاحتمال الأول وبحصة المؤجر فقط على الاحتمال الثاني لأنه جعله متبرعاً في نصيب الشريك، وإذا قلنا بأنه يثبت للشريك الرجوع فالظاهر أن مأموره يرجع عليه بالكل، أما على مقتضى الضابط المار فلا رجوع للشريك ويرجع المأمور عليه بحصته

(هو) لغة: الحبس. وشرعاً: (حبس العين على) حكم (ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) ولو في الجملة،

ظاهر. وأما في الوقف فلا يتم إلا إذا وقف على نفسه وغيره. وما في النهر أوضح، حيث قال: مناسبته بالشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال، إلا أنه في الشركة على ملك صاحبه، وفي الوقف يخرج عنه عند الأكثر اهـ.

قوله: (على حكم ملك الواقف) قدر لفظ حكم تبعاً للإسعاف والشرنبلالية ليكون تعريفاً للوقف اللازم المتفق عليه، أما غير اللازم فإنه باق على ملك الواقف حقيقة عنده ولذا قال القهستاني: وشرعاً عنده حبس العين ومنع الرقبة المملوكة بالقول عن تصرف الغير حال كونها مقتصرة على ملك الواقف، فالرقبة باقية على ملكه في حياته وملك لورثته بعد وفاته بحيث يباع ويوهب، ثم قال: ويشكل بالمسجد فإنه حبس على ملك الله تعالى بالإجماع، اللهم إلا أن يقال: إنه تعريف للوقف المختلف فيه اهـ.

والحاصل أن المصنف عرف الوقف المختلف، والشارح قدر الحكم اختيار اللازم المتفق عليه، ولكل جهة هو موليها، لكن جهة الشارح أرجح من حيث إن المصنف قال: هو حبس العين، وذلك لا يناسب تعريف غير اللازم، إذ لا حبس فيه لأنه غير ممنوع عن بيعه ونحوه، بخلاف اللازم فإنه محبوس حقيقة، وكثيراً ما تخفى رموز هذا الشرح الفاضل على الناظرين خصوصاً من هو مولع بالاعتراض عليه، فافهم.

مطلب: لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز

قوله: (ولو في الجملة) فيدخل فيه الوقف على نفسه ثم على الفقراء، وكذا الوقف على الأغنياء ثم الفقراء، لما في النهر عن المحيط: لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز لأنه ليس بقربة، أما لو جعل آخره للفقراء فإنه يكون قربة في الجملة اهـ. وبهذا التعميم صار التعريف جامعاً واستغنى عما زاده فيه الكمال، وتبعه ابن كمال من قوله: أو صرف منفعتها إلى من أحب، وقال: إن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة، وهو وإن كان لا بد في آخره من القربة بشرط التأبيد كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق اهـ. أفاده في النهر. وأجاب في البحر أيضاً بأنه قد يقال: إن الوقف على الغني تصدق بالمنفعة، لأن الصدقة تكون على الأغنياء أيضاً وإن كانت مجازاً عن الهبة عند بعضهم، وصرح في الذخيرة بأن في التصدق على الغني نوع قربة دون قربة الفقير اهـ.

وإنه صرح بأن هذا النوع من القربة لو كفى في الوقف لصح الوقف على

– متن الهداية ٣/١٣، مجمع الأنهر ١/٧٣٢، ملتقى الأبحر ٢/٢٦٤، الدرر المنير ٤/٢٠٣، كشف الحقائق ١/٢٥٠، الإقناع ٣/٢.

والأصح أنه (عنده) جائز غير لازم كالعارية (وعندهما هو حبسها على) حكم (ملك

الأغنياء من غير أن يجعل آخره للفقراء، وعلمت تصريح المحيط بأنه لا يصح، وسيأتي قبيل الفصل.

قلت: والجواب الصحيح أن الوقف تصدّق ابتداء وانتهاء، إذ لا بد من التصريح بالتصدق على وجه التأبيد أو ما يقوم مقامه كما يأتي تحقيقه، ولكنه إذا جعل أوله على معيّن صار كأنه استثنى ذلك من الدفع إلى الفقراء كما صرحوا به، ولذا لو وقف على بنيه ثم على الفقراء ولم يوجد إلا ابن واحد يعطى النصف والنصف الباقي للفقراء، لأن ما بطل من الوقف على الابن صار للفقراء، لأن الوقف خرج عن ملك الواقف بقوله صدقة موقوفة أبداً، فقد ابتدأه بالصدقة وختمه بها كما قاله الخصاف، فعلم أنه صدقة ابتداء، ولا يخرجه عن ذلك اشتراط صرفه لمعين. قوله: (والأصح أنه عنده جائز الخ) قال في الإسعاف: وهو جائز عند علمائنا أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى.

وذكر في الأصل: كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف، فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال: لا يجوز الوقف عنده، والصحيح أنه جائز عند الكل، وإنما الخلاف بينهم في اللزوم وعدمه، فعنده يجوز جواز الإعارة، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين على حكم ملك الواقف، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة، ويورث عنه. ولا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به القاضي، أو يخرجه مخرج الوصية. وعندهما: يلزم بدون ذلك، وهو قول عامة العلماء، وهو الصحيح. ثم إن أبا يوسف يقول: يصير وقفاً بمجرد القول لأنه بمنزلة الإعتاق عنده، وعليه الفتوى. وقال محمد: لا إلا بأربعة شروط ستأتي اهـ. ملخصاً.

وبحث في الفتح بأنه إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ حبس لا معنى له، لأن له التصرف فيه متى شاء، فلم يحدث الوقف إلا مشيئة التصدق بالمنفعة، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القدر كان ثابتاً قبل الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئاً، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر ما في الأصل صحيح. ونظر فيه في البحر بأن سلب الفائدة مطلقاً غير صحيح لأنه يصح الحكم به، ويحل للفقير أن يأكل منه، ويثاب الواقف به، ويتبع شرطه، ويصح نصب المتولي عليه. وقول من أخذ بظاهر اللفظ غير صحيح، لأن ظاهره عدم الصحة أصلاً ولم يقل به أحد، وإلا لزم أن لا يصح الحكم به اهـ.

قلت: بل ذكر في الإسعاف أنه عنده يكون نذراً بالتصدق حيث قال: وحكمه ما ذكر في تعريفه، فلو قال أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز لازماً عند عامة العلماء. وعند أبي حنيفة يكون نذراً بالصدقة بغلة الأرض ويبقى ملكه على حاله، فإذا مات يورث عنه اهـ: أي فيجب عليه التصدق بغلته. قوله: (على حكم ملك الله تعالى) قدر

الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب) ولو غنياً فيلزم، فلا يجوز له إبطاله ولا يورث عنه، وعليه الفتوى. ابن الكمال وابن الشحنة (وسببه إرادة محبوب النفس) في الدنيا ببر الأحباب وفي الآخرة بالثواب: يعني بالنية من أهلها، لأنه مباح بدليل صحته من الكافر؛ وقد يكون واجباً بالنذر فيتصدق بها أو بثمنها، ولو

لفظ حكم ليفيد أن المراد أنه لم يبق على ملك الواقف ولا انتقل إلى ملك غيره، بل صار على حكم ملك الله تعالى الذي لا ملك فيه لأحد سواه، وإلا فالكل ملك لله تعالى. واستحسن في الفتح قول مالك رحمه الله أنه حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه، لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب مثل أم الولد والمدبر وحققه بما لا مزيد عليه.

قلت: والظاهر أن هذا مراد شمس الأئمة السرخسي حيث عرّفه بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير، فإن الحبس يفيد أنه باق على ملكه كما كان وأنه لا يباع ولا يوهب. قوله: (وصرف منفعتها على من أحب) عبر به بدل قوله: «والتصدق بالمنفعة» لأنه أعم، وإلى التعميم أشار بقوله: «ولو غنياً» أفاده ح، لكن علمت أن الوقف على الأغنياء وحدهم لا يجوز، فالمناسب التعبير بالتصدق بالمنفعة لا أن يراد صرف منفعتها على وجه التصدق. قوله: (فيلزم) تفريع على ما أفاده التعريف من خروج العين عن ملك الواقف لثبوت التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه باتفاق أئمتنا الثلاثة، كما ذكره في الفتح. قوله: (وعليه الفتوى) أي على قولهما يلزمه. قال في الفتح: والحق ترجيح قول عامة العلماء بلزومه، لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك، واستمر عمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك فلذا ترجح خلاف قوله اهـ. ملخصاً. قوله: (ببر الأحباب) أي من يحب برهم ونفعهم من قريب أو فقير أجنبي ؟. قوله: (يعني بالنية) قيد للثواب، إذ لا ثواب إلا بالنية. قوله: (من أهلها) وهو المسلم العاقل. وأما البلوغ فليس بشرط لصحة النية والثواب بها، بل هو شرط هنا لصحة التبرع. قوله: (لأنه مباح الخ) يعني قد يكون مباحاً كما عبر في البحر: والمراد أنه ليس موضوعاً للتعبد به كالصلاة والحج بحيث لا يصح من الكافر أصلاً بل التقرب به موقوف على نية القربة، فهو بدونها مباح حتى يصح من الكافر كالعتق والنكاح، لكن العتق أنفذ منه حتى صح مع كونه حراماً كالعتق للصنم، بخلاف الوقف فإنه لا بد فيه من أن يكون في صورة القربة، وهو معنى ما يأتي في قوله: «ويشترط أن يكون قربة في ذاته» إذ لو اشترط كونه قربة حقيقة لم يصح من الكافر هذا ما ظهر لي، فتأمل. قوله: (فيتصدق بها أو بثمنها) خلط الشارح مسألة النذر بالوقف بمسألة ما لو كانت صيغة الوقف نذراً مع أن حكمهما مختلف، فأما النذر به فقال في البحر: والثالث المنذور كما

وقفها على من لا تجوز له الزكاة جاز في الحكم وبقي نذره، وبهذا عرف صفته وحكمه ما مر في تعريفه (ومحله المال المتقوم وركنه الألفاظ الخاصة كـ) أرضي

لو قال إن قدم ولدي فعلي أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به، فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز في الحكم ونذره باق، وإن وقفه على غيرهم سقط، وإنما صح النذر لأن من جنسه واجباً، فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجداً من بيت المال، أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال: كذا في فتح القدير. وأما مسألة ما لو كانت صيغة الوقف نذراً فقال في البحر قبل هذا: التاسع لو قال: هي للسبيل إن تعارفوه وقفاً مؤبداً للفقراء كان كذلك، وإلا سئل، فإن قال أردت الوقف صار وقفاً لأنه محتمل لفظه، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها، وإن لم ينو كانت ميراثاً. ذكره في النوازل اهـ ح.

قلت: صيغة النذر بالوقف التي ذكرها في البحر غير متعينة فليكن الشارح أشار إلى صيغة غيرها تشمل المسألتين كأن قال إن قدم ولدي فعلي أن أجعل هذه الدار للسبيل، وحينئذ فإن أراد بالسبيل الصدقة كانت كذلك، وقد ذكر حكمها بقوله: فيتصدق بها أو بثمنها، وإن أراد الوقف أو كان متعارفاً كانت وقفاً وقد أفاد حكمها بقوله: ولو وقفها الخ، ودقة نظر الشارح وإيجازه في التعبير يفوق ذلك كما لا يخفى على من مارس كتابه، فافهم. قوله: (جاز في الحكم) أي صح الوقف في حكم الشرع لصدوره من أهله في محله، وصح تعيينه الموقوف عليه، لكنه لا يسقط به النذر، لأن الصدقة الواجبة لا بد أن تكون لله تعالى على الخلوص، وصرفها إلى من لا تجوز شهادته له فيه نفع له فلم تخلص لله تعالى، كما لو صرف إليه الكفارة أو الزكاة وقعت صدقة وبقيت في ذمته. قوله: (وبهذا) أي بما ذكر من أنه يكون قربة بالنية ومباحاً بدونها وواجباً بالنذر. قوله: (وحكمه) أي الأثر المترتب عليه. قوله: (ما مر في تعريفه) أي من أنه تصدق بالمنفعة. قوله: (ومحله المال المتقوم) أي بشرط أن يكون عقاراً أو منقولاً فيه تعامل كما سيأتي بيانه، ثم رأيت هذا مسطوراً في الإسعاف.

مَطْلَبٌ: قَدْ يَثْبُتُ الْوَقْفُ بِالضَّرُورَةِ

قوله: (وركنه الألفاظ الخاصة) وهي ستة وعشرون لفظاً على ما بسطه في البحر، ومنها ما في الفتح حيث قال: فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبداً أو لفلان وبعده للمساكين أبداً فإن الدار تصير وقفاً بالضرورة. والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت داري على كذا اهـ: أي فهو من المعلق بالموت، وسيأتي الكلام عليه وأنه كوصية من الثلث وذكر في البحر منها لو قال اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزاً وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفاً اهـ.

عنده (صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه) من الألفاظ كموقوفة لله تعالى أو على وجه الخير أو البر، واكتفى أبو يوسف بلفظ موقوفة فقط. قال الشهيد: ونحن نفتي به للعرف (وشرطه شرط سائر التبرعات) كحرية وتكليف

وعزاه للذخيرة وبسط الكلام عليه في أنفع الوسائل، وقال: لا أعلم في المسألة خلافاً بين الأصحاب.

قلت: ومقتضاه أن الدار كلها تصير وقفاً من ثلث ماله ويصرف منها الخبز إلى ما عينه الواقف، والباقي إلى الفقراء لأنهم مصرف الوقف في الأصل، ما لم ينص على غيرهم. ونظيره ما قدمناه لو وقف على أولاده وليس له إلا ولد واحد فله النصف والباقي للفقراء. وقد سألت عن نظير هذه المسألة في رجل أوصى بأن يؤخذ من غلة داره كل سنة كذا دراهم يشترى بها زيت لمسجد كذا، ثم باع الورثة الدار وشرطوا على المشتري دفع ذلك المبلغ في كل سنة للمسجد، فأفتيت بعدم صحة البيع، وبأنها صارت وقفاً حيث كانت تخرج من الثلث. قوله: (واكتفى أبو يوسف بلفظ موقوفة الخ) أي بدون ذكر تأبيد أو ما يدل عليه كلفظ صدقة، أو لفظ المساكين ونحوه كالمسجد، وهذا إذا لم يكن وقفاً على معين كزيد أو أولاد فلان، فإنه لا يصح بلفظ موقوفة لمنافاة التعيين للتأبيد، ولذا فرق بين موقوفة وبين موقوفة على زيد حيث أجاز الأول دون الثاني؛ نعم تعيين المسجد لا يضر لأنه مؤبد، وسيأتي تمامه. قال في البحر: لا يصح: أي موقوفة فقط إلا عند أبي يوسف، فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ موقوفة على الفقراء، وإذا كان مفيداً لخصوص المصرف: أعني الفقراء لزم كونه مؤبداً لأن جهة الفقراء لا تنقطع. قال الصدر الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي به أيضاً لمكان العرف، لأن العرف إذا كان يصرفه إلى الفقراء كان كالتنصيص عليهم اهـ.

قلت: وهذا بناء على أن ذكر التأبيد أو ما يدل عليه غير شرط عنده كما سيأتي بيانه. قوله: (وشرطه شرط سائر التبرعات) أفاد أن الواقف لا بد أن يكون مالكه وقت الوقف ملكاً باتاً ولو بسبب فاسد، وأن لا يكون محجوراً عن التصرف، حتى لو وقف الغاصب المغصوب لم يصح، وإن ملكه بعد بشراء أو صلح، ولو أجاز المالك وقف فضولي جاز وصح وقف ما شراه فاسداً بعد القبض وعليه القيمة للبائع، وكالشراء الهبة الفاسدة بعد القبض، بخلاف ما لو اشتراه بخيار البائع فوقفها وإن أجاز البائع بعده وينقض وقف استحق بملك أو شفعة، وإن جعله مسجداً، ووقف مريض أحاط دينه بماله بخلاف صحيح، وسيأتي تمامه مع حكم وقف المرهون قبيل الفصل، وكذا وقف محجور لسفه أو دين كذا أطلقه الخصاف. قال في الفتح: وينبغي أنه إذا وقفها المحجور لسفه على نفسه ثم على جهة لا تنقطع أن يصح على

(وأن يكون) قربة في ذاته معلوماً (منجزاً) لا معلقاً إلا بكائن، ولا مضافاً،

قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به الحاكم اهـ. قال في البحر: وهو مدفوع بأن الوقف تبرع وهو ليس من أهله. وفي النهر: يمكن أن يجاب بأن الممنوع التبرع على غيره لا على نفسه كما هنا واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته. قوله: (وأن يكون قربة في ذاته) أي بأن يكون من حيث النظر إلى ذاته وصورته قربة، والمراد أن يحكم الشرع بأنه لو صدر من مسلم يكون قربة حملاً على أنه قصد القربة، لكنه يدخل فيه ما لو وقف الذمي على حج أو عمرة مع أنه لا يصح، ولو أجرى الكلام على ظاهره لا يدخل فيه وقف الذمي على الفقراء لأنه لا قربة من الذمي، ولو حمل على أن المراد ما كان قربة في اعتقاد الواقف يدخل فيه وقف الذمي على بيعة مع أنه لا يصح، فتعين أن هذا شرط في وقف المسلم فقط، بخلاف الذمي لما في البحر وغيره أن شرط وقف الذمي أن يكون قربة عندنا وعندهم كالوقف على الفقراء أو على مسجد القدس، بخلاف الوقف على بيعة فإنه قربة عندهم فقط أو على حج أو عمرة فإنه قربة عندنا فقط، فأفاد أن هذا شرط لوقف الذمي فقط، لأن وقف المسلم لا يشترط كونه قربة عندهم بل عندنا كوقفنا على حج وعمرة، بخلافه على بيعة فإنه غير قربة عندنا بل عندهم. قوله: (معلوماً) حتى لو وقف شيئاً من أرضه ولم يسمه لا يصح ولو بين بعد ذلك، وكذا لو قال وقفت هذه الأرض أو هذه؛ نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحساناً، ولو قال: وهو ثلث جميع الدار فإذا هو النصف كان الكل وقفاً كما في الخانية. نهر: أي كل النصف. وفي البحر عن المحيط: وقف أرضاً فيها أشجار واستثناها لا يصح، لأنه صار مستثنياً الأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولاً. قوله: (منجزاً) مقابله المعلق والمضاف. قوله: (لا معلقاً) كقوله: إذا جاء غد أو إذا جاء رأس الشهر، أو إذا كلمت فلاناً فأرضي هذه صدقة موقوفة، أو إن شئت أو أحببت يكون الوقف باطلاً، لأن الوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا يحلف به كما لا يصح تعليق الهبة، بخلاف النذر لأنه يحتمله ويحلف به، فلو قال إن كلمت فلاناً إذا قدم أو إن برئت من مرضي هذا فأرضي صدقة موقوفة يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط، لأن هذا بمنزلة النذر واليمين إسعاف. قوله: (إلا بكائن) أي موجود للحال فلا ينافي عدم صحته معلقاً بالموت. قال في الإسعاف: ولو قال إن كانت هذه الأرض في ملكي فهي صدقة موقوفة، فإن كانت في ملكه وقت التكلم صح الوقف، وإلا فلا، لأن التعليق بالشرط الكائن تنجيز. قوله: (ولا مضافاً) يعني إلى ما بعد الموت. فقد نقل في البحر أن محمداً نص في السير الكبير أنه إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلاً عند أبي حنيفة اهـ. نعم سيأتي في الشرح أنه يكون وصية لازمة من الثلث بالموت لا قبله، أما لو قال: داري صدقة موقوفة غداً فإنه صحيح كما جزم به في جامع الفصولين، وأقره في البحر والنهر

ولا مؤقتاً ولا بخيار شرط، ولا ذكر معه اشتراط بيعه وصرف ثمنه لحاجته، فإن ذكره بطل وقفه. بزازية. وفي الفتح: لو وقف المرتد فقتل أو مات أو ارتد المسلم بطل وقفه،

وسيذكره المصنف قبيل باب الصرف، فمراد الشارح بالمضاف الأول فلا غلط في كلامه، فافهم. قوله: (ولا مؤقتاً) كما إذا وقف داره يوماً أو شهراً. قال الخصاف: وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل، وإلا فلا. وظاهر الخانية اعتماده. بحر ونهر. ويأتي تمامه عند قول المصنف: «وإذا وقته بطل». قوله: (ولا بخيار شرط) معلوماً كان أو مجهولاً عند محمد، وصححه هلال. إسعاف. وفي ط عن الهندية: وصح اشتراطه ثلاثة أيام عند الثاني، ومحل الخلاف في غير وقف المسجد حتى لو اتخذ مسجداً على أنه بالخيار جاز والشرط باطل اهـ. قوله: (ولا ذكر معه اشتراط بيعه الخ) في الخصاف لو قال: على أن لي إخراجها من الوقف إلى غيره أو على أن أبيعها وأتصدق بثمنها، أو على أن أهبها لمن شئت أو على أن أرهنها متى بدا لي وأخرجها عن الوقف بطل الوقف، ثم ذكر أن هذا في غير المسجد، أما المسجد لو اشترط إبطاله أو بيعه صح وبطل الشرط.

قلت: ولو اشترط في الوقف استبداله صح، وسيأتي بيانه.

تتمة: لا يشترط قبول الموقوف عليه لو غير معين كالفقراء، فلو لشخص بعينه وآخره للفقراء اشترط قبوله في حقه، فإن قبله فالغلة له، وإن رده فللفقراء، ومن قبل ليس له الرد بعده، ومن رده أول الأمر ليس له القبول بعده، وتمام الفروع في الإسعاف والبحر. ولا يشترط أيضاً وجود الموقوف عليه حين الوقف، حتى لو وقف على مسجد هيأ مكانه قبل أن يبنيه، فالصحيح الجواز كما سيأتي ولا تحديد العقار، بل الشرط كونه معلوماً خلافاً لما يوهمه كلام القنية والفتح؛ نعم هو شرط الشهادة. وسنذكر تمامه عند قوله: «ولو وقف العقار ببقره». قوله: (بطل وقفه) هو المختار جامع الفصولين وغيره.

مطلب في وقف المرتد والكافر

قوله: (فقتل أو مات) أما إن أسلم صح كما في البحر. قوله: (أو ارتد المسلم بطل وقفه[1]) ويصير ميراثاً سواء قتل على ردته أو مات أو عاد إلى الإسلام، إلا إن أعاد

---

(١) لا نعلم خلافاً في صحة الوقف للكافر غير الحربي من المسلم لكن شرط الشافعية عدم ظهور قصد معصية من الواقف كأن يكون الموقوف عليه الذمي خادم كنيسة أو معبد، كما اشترطوا أيضاً أن يكون الشيء الموقوف مما يصح للكافر تملكه، فلم يصححوا وقف المصحف والعبد المسلم عليه من المسلم.

كذا قيد المالكية جواز وقف المسلم للذمي والمستأمن بالكراهة فقد نقل ذلك عن ابن القاسم، وصرح الخرشي بأن الوقف على أغنياء أهل الذمة، وليس هناك صلة رحم مكروه. أما على فقرائهم أو على رحم ذمي فجائز.

ولا يصح وقف مسلم أو ذمي على بيعة أو حربي، قيل أو مجوسي، وجاز على ذمي لأنه قربة؛ حتى لو قال على أن من أسلم من ولده أو انتقل إلى غير

الوقف بعد عوده إلى الإسلام، ويصح وقف المرتدة لأنها لا تقتل بحر. وفي هذه المسألة الاغتفار في الابتداء لا في البقاء عكس القاعدة، فإن الردة المقارنة للوقف لا تبطله بل يتوقف، بخلاف الطارئة فإنه تبطله بتاً اهـ ط. وسيأتي تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل الآتي. قوله: (ولا يصح وقف مسلم أو ذمي على بيعة) أما في المسلم فلعدم كونه قربة في ذاته وأما في الذمي فلعدم كونه قربة عندنا وعنده كما مر. أفاده ح. لكن هذا إذا لم يجعل آخره للفقراء لما في الفتح: لو وقف أي الذمي على بيعة مثلاً فإذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثاً عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك فيه خلافاً اهـ. ومثله في الإسعاف، ويظهر منه أن في عبارة البحر سقطاً حيث قال: ولو وقف على بيعة فإذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثاً لأنه ليس بقربة عندنا اهـ.

قلت: وينبغي أن يصح وقفاً على الفقراء مطلقاً على قول أبي يوسف المفتى به، وهو عدم اشتراط التصريح بالتأبيد كما مر ويأتي، إلا أن يجاب بأن التقييد بالبيعة ينافي التأبيد كما قدمناه قريباً، تأمل. قوله: (أو حربي) لأنا قد نهينا عن برهم ط. قوله: (قيل أو مجوسي) أشار إلى أن الصحيح صحة الوقف عليه ابتداء، كما اختاره في القنية. وفي الإسعاف: لو وقف نصراني مثلاً على مساكين أهل الذمة جاز صرفها لمساكين اليهود والمجوس لكونهم من أهل الذمة، ولو عين مساكين أهل دينه تعينوا، ولو صرفها القيم إلى غيرهم ضمن وإن كان أهل الذمة ملة واحدة لتعين الوقف بمن يعينه الواقف.

– أما أدلة الجواز فهي: أولاً:

أن الوقف على الكافر في معنى الصدقة، والصدقة جائزة عليه بدليل قوله تعالى: ﴿ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً﴾ قالوا: والأسير لا يكون إلا كافراً غالباً فمدح الله المتصدق عليه فدل جواز الصدقة عليه، والوقف في معناها فيجوز أيضاً.

ثانياً:

ما روي أن صفية بنت حيي زوج رسول الله ﷺ وقفت على أخ لها يهودي، فلو كان غير جائز ذلك لأبطله الرسول، وأنكره عليها ولم يفعل.

ثالثاً:

صح وقف الذمي على المسلم فيصح وقف المسلم عليه، لأن من جاز أن يقف عليه المسلم عنه شرعاً يجوز أن يقف المسلم عليه إذ لا يصح أن يكون المسلم أدنى حالاً من الكافر.

أما مستند المالكية على القول بالكراهة مع الجواز، فهو أن الأولى أن يقف المسلم على مسلم مثله، فإذا خالف ووقف على غيره كيهودي أو نصراني فقد فعل خلاف الأولى، ومثله يكون مكروهاً، ولما كان المستأمن كالذمي مدة أمانه صح وقف المسلم عليه كما صح على الذمي.

النصرانية فلا شيء له لزم شرطه على المذهب (والملك يزول) عن الموقوف بأربعة بإفراز مسجد كما سيجيء و (بقضاء القاضي)

مطلب: شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع

قوله: (على المذهب) فيه رد على الطرسوسي، حيث شنع على الخصاف بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سبب الحرمان. قال في الفتح: ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقب الخصاف غيره، وهذه للبعد من الفقه، فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك، فله أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية، وله أن يخص صنفاً من الفقراء ولو كان الوضع في كلهم قربة، ولا شك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن يدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا، فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء؟ أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين، ولو دفع المتولي إلى المسلمين ضمن فهذا مثله، والإسلام ليس سبباً للحرمان، بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال وهو إعطاء الواقف المالك اهـ. قوله: (والملك يزول) أي ملك الواقف فيصير الوقف لازماً للاتفاق على التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه كما قدمناه عن الفتح. قوله: (بأربعة) هذا على قول الإمام، لكن فيه أنه بالثاني والثالث لا يزول الملك فيه عند الإمام، حتى كان له الرجوع عنه ما دام حياً كما سينبه عليه الشارح. قوله: (بإفراز مسجد) عبر بالإفراز لأنه لو كان مشاعاً لا يصح إجماعاً، وأفاد أنه يلزم بلا قضاء. قوله: (وبقضاء القاضي) أي قضائه بلزومه كما في الفتح، وعبر في موضع آخر قبله بقوله: فأي بخروجه عن ملكه؛ وكل صحيح لما قدمناه عنه آنفاً من التلازم بين الخروج واللزوم.

تنبيه: قال العلامة ابن الغرس في الفواكه البدرية قالوا: القضاء بصحة الوقف لا يكون قضاء بلزومه، وتوجيهه أن الوقف جائز غير لازم عند الإمام لازم عندهما، فإذا قضى القاضي بصحته احتمل أن يكون قضى بذلك على مذهبه، ولا معنى للجواز عندنا إلا الصحة، ولا يلزمها اللزوم فيحتاج في لزوم الوقف إلى التصريح بذلك، وفيه نظر وجهه أن الإمام لم يقل بكون الوقف جائزاً غير لازم مطلقاً، بل هو عنده لازم إذا علقه الواقف بالموت أو قضى به القاضي، ولا شك أن القضاء بصحة الوقف قضاء بالوقف، فيكون القضاء بصحته مقتضياً للزومه، فلا يحتاج إلى التصريح باللزوم وفي القضاء به، فليتأمل اهـ. كلام ابن الغرس.

وحاصله: أن القضاء بصحته كالقضاء بلزومه أو بخروجه عن ملكه، وفيه نظر، لأنهم اتفقوا على صحة الوقف بمجرد القول، وإنما الخلاف في اللزوم فالإمام لا يقول به، وقد تقرر أن كل مجتهد فيه إذا حكم به حاكم يراه نفذ حكمه وصار مجمعاً عليه،

لأنه مجتهد فيه، وصورته: أن يسلمه إلى المتولي ثم يظهر الرجوع. «معين المفتي» معزياً للفتح (المولى من قبل السلطان) لا المحكم، وسيجيء أن البينة تقبل بلا دعوى، ثم هل القضاء بالوقف

فليس لحاكم غيره نقضه والوقف من هذا القبيل، فإذا حكم بلزومه حاكم يراه لزم اتفاقاً وارتفع الخلاف، أما لو حكم بأصل الصحة فلا لأنها ليست محل الخلاف ولا نسلم أنها تستلزم اللزوم وإلا لم يكن خلاف فيه مع أنه ثابت، فقولهم يلزم عند الإمام بالقضاء معناه بالقضاء بلزومه أو بخروجه عن ملكه كما مر، أما لو حكم بالصحة بأن وقع النزاع فيها فقط بأن ادعى عبده تعليق عتقه على وقفه أرضه فأنكر المولى صحة الوقف لكونه علقه بشرط مثلاً فأثبت العبد أنه علقه بكائن فحكم الحاكم بصحته فهو صحيح، ولا يستلزم اللزوم لأنه ليس محل النزاع، هذا ما يظهر للفكر القاصر، فتدبره. قوله: (لأنه مجتهد فيه) أي أنه يسوغ فيه الاجتهاد والاختلاف بين الأئمة فيكون الحكم فيه رافعاً للخلاف كما قلنا، وهذا تعليل لزوال الملك ولزومه عند الإمام القائل بعدم ذلك، فافهم. قوله: (وصورته) أي صورة قضاء القاضي بلزومه. قوله: (أن يسلمه) أي يسلم الواقف وقفه بعد أن نصب له متولياً. قوله: (ثم يظهر الرجوع) أي يدعي عند القاضي أنه رجع عن وقفه، ويطلب رده إليه لعدم لزومه ويمتنع المتولي من رده إليه فيحكم القاضي بلزومه، فيلزم عند الإمام أيضاً لارتفاع الخلاف بالقضاء. قوله: (لا المحكم) فإن الصحيح أن بحكمه لا يرتفع الخلاف، وللقاضي أن يبطله. بحر عن الخانية، ومثله في الإسعاف خلافاً لما صححه في الجوهرة.

تنبيه: قال في الإسعاف: ولو كان الواقف مجتهداً يرى لزوم الوقف فأمضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلداً فسأل فأفتى بالجواز فقبله وعزم على ذلك لزم الوقف، ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأي المجتهد وأفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك اهـ. فهذا مما يزاد على ما يلزم به الوقف، لكن قال في النهر بعد نقله له: الظاهر ضعفه اهـ: أي لمخالفته لقول المتون يزول بقضاء القاضي، وأيضاً فإن العبرة لرأي الحاكم، فإذا رفع إليه حكم بحكم فيه برأيه لا برأي الخصم، والظاهر أن ما في الإسعاف صحيح بالنسبة إلى الديانة لأن المجتهد إذا تغير رأيه لا ينقض ما أمضاه أولاً، وكذا المقلد في حادثة ليس له الرجوع فيها بتقليده مجتهداً آخر، أما لو رفعت حادثة ذلك المجتهد أو المقلد إلى حاكم آخر فإنه يحكم برأي نفسه كما قلنا، ولذا قال: ولا يصح الرجوع فيه، ولم يقل: ولا يصح الحكم بخلافه، فاغتنم هذا التحرير. قوله: (وسيجيء) أي في أول الفصل الآتي. قوله: (إن البينة تقبل بلا دعوى) أي في الوقف، لأن حكمه هو التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى، وفي حقوق الله تعالى يصح القضاء

قضاء على الكافة، فلا تسمع فيه دعوى ملك آخر ووقف آخر، أم لا فتسمع؟ أفتى أبو السعود مفتي الروم بالأول، وبه جزم في المنظومة المحبية ورجحه المصنف صوناً عن الحيل لإبطاله، لكنه نقل بعده عن البحر أن المعتمد الثاني، وصححه في الفواكه البدرية، وبه أفتى المصنف (أو بالموت إذا علق به) أي

بالشهادة من غير دعوى. بحر عن المحيط. وأشار بهذا إلى أن ما مر من تصويره بالدعوى غير لازم، لكن قال الخير الرملي: والكلام في الحكم الرافع للخلاف لا الحكم بثبوت أصله فإنه غير محتاج إلى الدعوى عند البعض، وأما الحكم باللزوم عند دعوى عدمه فلا يرفع الخلاف إلا بعد تمام الدعوى فيه ليصير في حادثة، إذ المتنازع فيه حينئذ اللزوم وعدمه فيرفع الخلاف اهـ. قوله: (قضاء على الكافة الخ) أي لا على المدعى عليه فقط كما في دعوى الملك، فإنه لو ادعى على ذي اليد أن هذا ملكه وحكم به القاضي تسمع دعوى رجل آخر على المدعي بأنه ملكه، بخلاف ما إذا حكم لإنسان بالحرية ولو عارضة، أو بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة فإنه لا يسمع دعوى آخر عليه، فإنه في هذه الأربعة قضاء على كافة الناس كما أفاده في البحر، وسيجيء في باب الاستحقاق. قوله: (ورجحه المصنف) حيث قال: وينبغي أنه يفتى به ويعوّل عليه لما فيه من صون الوقف عن التعرض إليه بالحيل والتلابيس والدعاوى المفتعلة قصداً لإبطاله، ولما فيه من النفع للوقف؛ وقد صرح صاحب الحاوي القدسي بأنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه، حتى نقضت الإجارة عند الزيادة الفاحشة نظراً للوقف وصيانة لحق الله تعالى وإبقاء للخيرات اهـ ط. قوله: (إن المعتمد الثاني) قال شيخنا حفظه الله تعالى: ينبغي الإفتاء بهذا إن عرف الواقف بالحيل، لأنه قد يقف عقار غيره، ويقضي القاضي بلزومه لتدفع دعوى مالكه، وإلا فيفتى بالأول اهـ. وهو حسن وفيه جمع بين القولين. قوله: (أو بالموت الخ) معطوف على قوله: «بقضاء» ومقتضاه أنه يزول الملك به، وهو ضعيف كما أشار إليه الشارح. قال في الهداية: وهذا أي زوال الملك في حكم الحاكم صحيح، لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزمه اهـ.

والحاصل: أنه إذا علقه بموته فالصحيح أنه وصية لازمة لكن لم يخرج عن ملكه، فلا يتصوّر التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من إبطال الوصية، وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا، وإنما يلزم بعد موته. بحر. ومثله في الفتح.

وحصل هنا: أن المعلق بالموت لا يكون وقفاً في الصحيح فلا يزول به الملك قبل الموت، ولا بعده بل يكون وصية لازمة بعده حتى لا يجوز التصرف به لا قبله، حتى جاز له الرجوع عنه، وهذا معنى قول الشارح: «فالصحيح أنه كوصية الخ» فإنه

لقول البزازية: إنه إرث: أي حكماً فلا خلل في عبارته،

كالثلثين فتصرف مصرف الثلثين على الورثة كلهم ما دام الموقوف عليه حياً، أما إذا مات تقسم غلة الثلث الموقوف على من يصير له الوقف كما علمت. وبقي ما لو مات بعض الموقوف عليهم، فإنه ينتقل سهمه إلى ورثته ما بقي أحد من الموقوف عليه حيّاً كما في الإسعاف. قوله: (لقول البزازية) عبارتها أرضي هذه موقوفة على ابني فلان فإن مات فعلى ولدي وولد ولدي ونسلي، ولم تجز الورثة فهي إرث بين كل الورثة ما دام الابن الموقوف عليه حيّاً فإذا مات صار كلها للنسل اهـ. قوله: (أي حكماً) اعلم أن خبر المبتدأ، وهو قول مقول: أي التفسيرية، فكأنه قال مفسر بالإرث حكماً، وحكماً تمييز عن الإرث المفسر.

وحاصله: أن المراد أنه إرث من جهة الحكم: أي من حيث إنه يقسم كالإرث على الفريضة الشرعية: ما دام الموقوف عليه حيّاً، وإلا ففي الحقيقة الثلث وقف والباقي ملك. قوله: (فلا خلل في عبارته) أي عبارة البزازي، وهذا جواب عن قول البحر في عبارة غير صحيحة لما مر عن الظهيرية أن الثلثين ملك والثلث وقف، وأن غلة الثلث تقسم على الورثة ما دام الموقوف عليه حيّاً اهـ.

قلت: والظاهر أن الاعتراض على عبارة البزازي من وجهين: الأول ما مرّ من قوله: «فهي إرث» وجوابه ما علمت من أنها إرث حكماً: أي حصة الوقف فقط. والثاني قوله فإذا مات صار كلها للنسل، فإنه غير صحيح أيضاً لأن الذي يصير للنسل هو الثلث الموقوف، أما الثلثان فهما ملك للورثة حيث لم يجيزوا. والذي يظهر في الجواب عن الوجهين أن الضمير في قوله: «فهي إرث» راجع إلى غلة الثلث الموقوف، وكذا ضمير قوله: «صار كلها للنسل» أو يقال: مراده ما إذا كانت الأرض كلها تخرج من الثلث فإنها حينئذ تصير كلها وقفاً وحيث لم يجيزوا تقسم غلتها كالإرث ثم بعد موت الابن تصير كلها للنسل، يؤيد ما قلنا ما في البزازية أيضاً: وقف أرضه في مرضه على بعض ورثته فإن أجاز الورثة فهو كما قالوا في الوصية لبعض ورثته، وإلا فإن كانت تخرج من الثلث صارت الأرض وقفاً وإلا فمقدار ما خرج من الثلث يصير وقفاً ثم تقسم جميع غلة الوقف ما جاز فيه الوقف، وما لم يجز على فرائض الله تعالى ما دام الموقوف عليه أو أحدهم في الأحياء، فإذا انقرضوا كلهم تصرف غلة الأرض إلى الفقراء إن لم يوص الواقف إلى واحد من ورثته، ولو مات أحد من الموقوف عليهم من الورثة وبقي الآخرون، فإن الميت في قسمة الغلة ما دام الموقوف عليهم أحياء كأنه حي، فيقسم ثم يجعل سهمه ميراثاً لورثته الذين لا حصة لهم من الوقف اهـ. بقي لو وقفها في مرضه ثم مات عن زوجة ولم تجز ففي البحر: ينبغي أن يكون لها السدس والباقي وقف، لما في

فاعتبروا الوارث بالنظر للغلة والوصية، وإن ردوا بالنظر للغير وإن لم تنفذ لوارثه لأنها لم تتمحض له بل لغيره بعده، فافهم

وصايا البزازية لو ماتت عن زوجة وأوصى بكل ماله لرجل، فإن أجازت فالكل له وإلا فالسدس لها وخمسة الأسداس له لأن للموصى له يأخذ الثلث أولاً بقي أربعة تأخذ الربع والثلاثة الباقية له، فحصل له خمسة من ستة اهـ. ولا شك أن الوقف في مرض الموت وصية اهـ. قوله: (فاعتبروا الوارث إلخ) قال في البحر: والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم على أولادهم ثم على الفقراء: فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفاً واتبع الشرط، وإلا كان الثلثان ملكاً بين الورثة والثلث وقفاً مع أن الوصية للبعض لا تنفذ في شيء، لأنه لم يتمحض للوارث لأنه بعده لغيره، فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذي صار وقفاً: فلا يتبع الشرط ما دام الوارث حياً وإنما تقسم غلة هذا الثلث على فرائض الله تعالى، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه في غلة الثلث اهـ. قوله: (بالنظر للغلة) ولهذا الاعتبار قسموها كالثلثين اهـ ح. قوله: (والوصية) بالنصب عطفاً على قوله: «الوارث» أي واعتبروا الوصية بالنظر للغير، وكان حق العبارة أن يقول: واعتبروا الغير بالنظر إلى الوصية أي إلى لزومها ط. قوله: (وإن ردوا) أي الورثة أي بقيتهم ط، وكذا لو رد كلهم كما قدمناه عن الظهيرية. قوله: (وإن لم تنفذ لوارثه) الأوضح أن يقول: لعدم نفاذها للوارث، ويكون علة لقوله: «والوصية بالنظر للغير» يعني إنما اعتبر الغير في لزوم الوصية لعدم نفاذها للوارث ط. قوله: (لأنها لم تتمحض له) علة لقوله: «واعتبروا الوصية» ح. قوله: (فافهم) أمر بالفهم لدقة المقام.

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من قوله: «قلت» إلى هنا ليس هذا محله، لأن خروج الملك بالقضاء أو بالتعليق بالموت تفريع على قول الإمام أو بيان لمسألة إجماعية كما يأتي عن النهر، وما ذكره هنا مصور في مسألة الوقف في المرض، فكان عليه أن يذكره آخر الباب عند الكلام على وقف المريض، لأن ذكره هنا يوهم أن الوقف في المرض يلزم عند الإمام نظير التعليق بالموت وليس كذلك. ففي البحر عن الهداية: ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت، والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة، وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال اهـ.

والحاصل: أن ما ذكره الشارح صحيح من حيث الحكم، لكنه على قولهما وظاهر كلامهم اعتماده؛ أما على قول الإمام الذي الكلام فيه فلا في الصحيح كما علمته من عبارة البحر. والعجب ممن نقل صدر عبارة البحر المذكورة ولم ينظر تمامها فافهم، ثم هذا بخلاف ما إذا أوصى أن تكون وقفاً بعد وفاته فإن له الرجوع لأنه وصية

(أو بقوله وقفتها في حياتي وبعد وفاتي مؤبداً) فإنه جائز عندهم، لكن عند الإمام ما دام حياً هو نذر بالتصدق بالغلة فعليه الوفاء وله الرجوع، ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث.

قلت: ففي هذين الأمرين له الرجوع ما دام حياً، غنياً أو فقيراً، بأمر قاض أو غيره. شرنبلالية. فقول الدرر: لو اقتصر بفسخه القاضي لو غير مسجل منظور

بعد الموت، والذي نجزه في مرضه يصير وقف الصحة إذا برئ من مرضه فافترقا كما في الخصاف. قوله: (أو بقوله الخ) ذكر الحياة والموت غير قيد لإغناء التأبيد عنه. قال في الإسعاف: لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز عند عامة العلماء، إلا أن محمداً اشترط التسليم إلى المتولي واختاره جماعة. وعند الإمام يكون نذراً بالصدقة بغلة الأرض، ويبقى ملكه على حاله فإذا مات تورث عنه اهـ. قوله: (فإنه جائز عندهم) أي عند أئمتنا الثلاثة، وهذا أيضاً تحويل لكلام المصنف عن ظاهره اصطلاحاً به، لأن كلامه فيما يزول به الملك عند الإمام. قوله: (لكن الخ) أفاد أنه عند الصاحبين جائز لازم. تأمل. قوله: (وله الرجوع) أي مع الكراهة كما قدمناه عن الإسعاف. قوله: (جاز من الثلث) ويكون كالعبد الموصى بخدمته لإنسان، فالخدمة له والرقبة على ملك مالكها، فلو مات الموصى له يصير العبد ميراثاً لورثة المالك، إلا أن في الوقف لا يتوهم انقطاع الموصى لهم وهم الفقراء فتتأبد هذه الوصية. إسعاف ودرر. قوله: (ففي هذين الأمرين) أي فيما إذا علقه بالموت، وفيما إذا قال: وقفته في حياتي وبعد مماتي، وقد استوى الأمران من حيث إنهما يفيدان الخروج واللزوم بموت الواقف، بخلاف الأمر الأول والرابع، وهما ما إذا حكم به حاكم أو أفرزه مسجداً فإنهما يفيدان الخروج واللزوم في حياته بلا توقف على موته كما في الشرنبلالية، فاللزوم فيهما حالي وفي الآخرين مآلي. قوله: (له الرجوع) الظاهر أن هذا على قوله، أما على قولهما فالظاهر أنه وقف لازم، لكن يناقضه ما قدمناه في تعليقه بالموت من أنه لا يكون وقفاً في الصحيح، بل هو وصية لازمة بعد الموت لا قبله، فله الرجوع قبله لما يلزم على جعله وقفاً من جواز تعليقه والوقف لا يقبل التعليق. تأمل. نعم لا تعليق في المسألة الثانية فاللزوم فيها ظاهر عندهما. قوله: (لو غير مسجل) أي محكوم به فأطلق التسجيل، وهو الكتابة في السجل وأراد ملزومه وهو الحكم لأنه في العرف إذا حكم بشيء كتب في السجل ط. قوله: (منظور فيه) لأن في هذين الأمرين له الرجوع بلا اشتراط قضاء ولا فسخ قاض على قول الإمام كما علمت، وسيأتي تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل عند قول المصنف: «أطلق القاضي بيع الوقف غير المسجل لوارث الواقف فباع صح له لغيره لا».

به (ولا يتم) الوقف (حتى يقبض) لم يقل للمتولي، لأن تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المسجد بالإفراز وفي غيره بنصب المتولي وبتسليمه إياه. ابن كمال (ويفرز) فلا يجوز وقف مشاع يقسم خلافاً للثاني

مَطْلَبٌ: شُرُوطُ الوَقْفِ عَلَى قَوْلِهِمَا

قوله: (ولا يتم الوقف الخ) شروع في شروطه على القول بلزومه كما أشار إليه الشارح بعد. قوله: (لأن تسليم الخ) وليشمل تسليمه إلى الموقوف عليهم كما في العزمية عن الخانية. قوله: (ففي المسجد بالإفراز) أي والصلاة فيه وسيأتي، وفي المقبرة بدفن واحد فصاعداً بإذنه، وفي السقاية بشرب واحد، وفي الخان بنزول واحد من المارة، لكن السقاية التي تحتاج إلى صب الماء فيها، والخان الذي ينزله الحاج بمكة والغزاة بالثغر لا بد فيهما من التسليم إلى المتولي، لأن نزولهم يكون في السنة مرة، فيحتاج إلى من يقوم بمصالحه وإلى من يصب الماء فيها. إسعاف. قوله: (وفي غيره) أي غير المسجد ونحوه مما ذكرناه. وفي القهستاني: أن التسليم ليس بشرط إذا جعل الواقف نفسه قيماً، ولا يعتبر التسليم للمشرف، لأنه حافظ لا غير اهـ. لكن فيه أن من شرط التسليم وهو محمد لم يصحح تولية الواقف نفسه ومن صححها وهو أبو يوسف لم يشترطه. تأمل[1]. قوله: (ويفرز) أي بالقسمة، وهذا الشرط وإن كان مفرعاً على اشتراط القبض لأن القسمة من تمامه إلا أنه نص عليه إيضاحاً، وأبو يوسف لما لم يشترط التسليم أجاز وقف المشاع، والخلاف فيما يقبل القسمة، أما ما لا يقبلها كالحمام والبئر والرحى فيجوز اتفاقاً، إلا في المسجد والمقبرة لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى. نهر وفتح. قوله: (فلا يجوز وقف مشاع يقسم الخ) شمل ما لو استحق جزء من الأرض شائع فيبطل في الباقي، لأن الشيوع مقارن كما في الهبة، بخلاف ما لو رجع الوارث في الثلثين بعد موت الواقف في مرضه وفي المال ضيق، لأنه شيوع طارئ، ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع. بحر عن الهداية. ولو بينهما أرض وقفاها ودفعاها معاً إلى قيم واحد جاز اتفاقاً، لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، ولم يوجد هاهنا لوجودهما معاً منهما، وكذا لو وقف كل منهما نصيبه على جهة وسلماه معاً لقيم واحد لعدم الشيوع وقت القبض، وكذا لو اختلفا في وقفيهما جهة وقيماً واتحد زمان تسليمهما

---

(١) في ط (قوله وهو أبو يوسف لم يشترطه تأمل) قال شيخنا: لكن يأتي في الشارح نقل الإجماع من الزيلعي على صحة جعل الواقف نفسه قيماً، لكن نقض الزيلعي العلامة قاسم في حكاية الإجماع، ونقل المحشي المختار صاحب النهر للزيلعي بأن من مهد في هذه المسألة روايتين، فحكاية الإجماع مبنية على إسقاطها هو على هذه الرواية يحمل كلام القهستاني.

(ويجعل آخره لجهة) قربة (لا تنقطع) هذا بيان شرائطه الخاصة على قول محمد، لأنه كالصدقة، وجعله أبو يوسف كالإعتاق.

مالهما أو قال كل منهما لقيمه اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي لأنهما صارا كمتول واحد، بخلاف ما لو وقف كل واحد وحده وسلّم لقيمه وحده، فلا يصح عند محمد لوجود الشيوع وقت العقد وتمكنه وقت القبض. إسعاف. وفيه أيضاً: وقفت دارها على بناتها الثلاث ثم على الفقراء ولا مال لها غيرها ولا وارث غيرهن فالثلث وقف والثلثان ميراث لهن، وهذا عند أبي يوسف خلافاً لمحمد اهـ: أي لأنه مشاع[1] حيث لم تقسمه بينهن.

مطلب في الكلام على اشتراط التأبيد

قوله: (ويجعل آخره لجهة قربة لا تنقطع) يعني لا بد أن ينص على التأبيد عند محمد، خلافاً لأبي يوسف اهـ ح. ويأتي بيانه. وهذا في غير المسجد إذ لا مخالفة لمحمد في لزومه، بل هو موافق للإمام فيه، وتمامه في الشرنبلالية. قوله: (هذا بيان) أي ما ذكره المصنف تبعاً للكنز وغيره من قوله: «ولا يتم حتى يقبض» وأشار إلى ما في النهر حيث قال: فإن قلت: هذا مناف لقوله أولاً «والملك يزول بالقضاء» إذ مفاده أنه لا يزول بغيره ولو توفرت هذه الشروط.

قلت: الأولى أن يحمل ما قاله أولاً على مسألة إجماعية هي أن الملك بانقضاء يزول، أما إذا خلا عن القضاء فلا يزول إلا بعد هذه الشروط عند محمد[2]، واختاره المصنف تبعاً لعامة المشايخ وعليه الفتوى، وكثير من المشايخ أخذوا بقول أبي يوسف وقالوا: إن عليه الفتوى، ولم يرجح أحد قول الإمام: وبهذا التقرير اندفع ما في البحر كيف مشى أولاً على قول الإمام وثانياً على قول غيره، وهذا مما لا ينبغي: يعني في المتون الموضوعة للتعليم اهـ. قوله: (لأنه كالصدقة) أي فلا بد من القبض والإفراز اهـ ح. قوله: (وجعله أبو يوسف كالإعتاق) فلذلك لم يشترط القبض والإفراز اهـ ح، أي فيلزم عنده بمجرد القول كالإعتاق بجامع إسقاط الملك. قال في الدرر: والصحيح أن التأبيد شرط اتفاقاً، لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف، وعند محمد لا بد أن ينص عليه اهـ. وصححه في الهداية أيضاً. وقال في الإسعاف: لو قال وقفت أرضي هذه على ولد زيد وذكر جماعة بأعيانهم لم يصح عند أبي يوسف أيضاً، لأن

---

(١) في ط قوله أي لأنه مشاع الخ) ب أن هذا شيوع طارئ وهو لا يقتضي بطلان الوقف عند محمد، فهذا تعليل غير مستقيم.

(٢) في ط قال شيخنا. والظاهر أن عدم بطلان هذا الوقف عند محمد عدم التسليم إلى المتولي حيث لم يقسمه الخ، من كلام فليتأمل فيه، فإنه لم يقل أحد باشتراط القسمة بين الموقوف عليهم.

تعيين الموقوف عليه يمنع إرادة غيره بخلاف ما إذا لم يعين لجعله إياه على الفقراء؛ ألا ترى أنه فرق بين قوله: موقوفة وبين قوله: موقوفة على ولدي، فصحح الأول دون الثاني؛ لأن مطلق قوله: موقوفة ينصرف إلى الفقراء عرفاً، فإذا ذكر الولد صار مقيداً، فلا يبقى العرف، فظهر بهذا أن الخلاف بينهم في اشتراط ذكر التأبيد وعدمه إنما هو في التنصيص عليه أو على ما يقوم مقامه كالفقراء ونحوهم.

مطلب: التأبيد معنى شرط اتفاقاً

وأما التأبيد معنى فشرط اتفاقاً على الصحيح، وقد نص عليه محققو المشايخ اهـ.

قلت: ومقتضاه أن التعقيب باطل اتفاقاً، لكن ذكر في البزازية أن عن أبي يوسف في التأبيد روايتين: الأولى: أنه غير شرط حتى لو قال: وقفت على أولادي، ولم يزد جاز الوقف، وإذا انقرضوا عاد إلى ملكه لو حياً، وإلا فإلى ملك الوارث. والثانية: أنه شرط لكن ذكره غير شرط حتى تصرف الغلة بعد الأولاد إلى الفقراء اهـ. ومقتضاه أنه على الرواية الأولى يصح كل من الوقف والتعقيب، وعلى الثانية يصح الوقف ويبطل التعقيب. لكن ذكر في البحر أن ظاهر المجتبى والخلاصة أن الروايتين عنه فيما إذا ذكر لفظ الصدقة، أما إذا ذكر لفظ الوقف فقط لا يجوز اتفاقاً إذا كان الموقوف عليه معيناً اهـ.

مطلب مهم: فرق أبو يوسف بين قوله «موقوفة» وقوله «موقوفة على فلان»

قلت: ويشهد له ما في الذخيرة لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة فهي وقف بلا خلاف؛ إذ لم يعين إنساناً، فلو عين وذكر مع لفظ الوقف لفظ صدقة بأن قال صدقة موقوفة على فلان جاز، ويصرف بعده إلى الفقراء، ثم ذكر بعده عن المنتقى أنه يجوز ما دام فلان حياً، وبعده يرجع إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعده اهـ. وفيها أيضاً: لو عين الموقوفة على فلان لا يجوز اهـ. وهذا يدل على أن الروايتين عن أبي يوسف فيما إذا ذكر لفظ صدقة مع موقوفة وعين الموقوف عليه، أما إذا لم يعينه يجوز بلا خلاف، وإذا أفرد موقوفة وعين لا يجوز بلا خلاف، خلافاً لما في البزازية حيث حكى الروايتين عنه، فإنه يقتضي صحة الوقف. ويخالفه أيضاً كلام الإسعاف، وقوله في الهداية: وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع، إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكره؛ لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه، ولهذا قال في الكتاب: وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وهذا هو الصحيح. وعند محمد ذكره شرط الخ. فقوله لأن لفظ الوقف والصدقة يفيد أن الكلام في ذكرهما معاً لا في ذكر لفظ الوقف فقط، ويوضحه ما في الخانية لو قال: صدقة موقوفة على فلان صح، ويصير تقديره صدقة موقوفة على الفقراء، لأن محل الصدقة

الفقراء إلا أن غلتها تكون لفلان ما دام حياً، ولو قال موقوفة على فقراء قرابتي وعلى ولدي لا يصح لأنهم ينقرضون، فلا يتأبد الوقف، وبدون التأبيد لا يصح إلا أن يجعل آخره للفقراء، ففرق أبو يوسف بين قوله: «موقوفة» وبين قوله: «موقوفة على ولدي» فيصح الأول لا الثاني اهـ. أي لأن الثاني ذكر مقيداً بموقوف عليه المعين وذلك ينافي التأبيد حيث لم يصرح به ولا بما في معناه، بخلاف ما إذا قال: «موقوفة» فقط لانصرافه إلى الفقراء عرفاً فهو مؤبد، وكذا صدقة موقوفة على فلان فإنه وإن قيد بمعين لكنه مطلق، لأن الصدقة للفقراء، فكأنه قال: وبعد فلان فعلى الفقراء فيكون مؤبداً، لكن إذا لم يقيد بمعين فهو مؤبد بلا خلاف فيصح عند محمد أيضاً كما مر لعدم منافي التأبيد أصلاً، ولذا قال في الخانية: لو قال موقوفة ولم يزد لا يجوز، إلا عند أبي يوسف ويكون وقفاً على المساكين؛ ولو قال: موقوفة صدقة أو صدقة موقوفة ولم يزد جاز عند أبي يوسف ومحمد وهلال، وقيل لا ما لم يقل وآخرها للمساكين أبداً، والصحيح الجواز، لأن محل الصدقة في الأصل الفقراء فلا يحتاج إلى ذكرهم ولا انقطاع لهم فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضاً اهـ. فهذا صريح في أن التصريح بالصدقة تصريح بالتأبيد، فيجوز عندهما بلا خلاف إن لم يعين، فلو عين لم يجز عند محمد وجاز عند أبي يوسف، ثم بعد انقطاعه يعود إلى الفقراء كما صححه في الهداية، وعامة المتون كالقدوري والملتقى والنقاية وغيرها أو يعود إلى ملك الواقف أو ورثته. وسيذكر الشارح تصحيحه، لكن نقل في الذخيرة أن هذا القول مذكور في شرح الطحاوي وشرح السرخسي، وأن بعض المشايخ قالوا: إنه خطأ.

قلت: ويؤيده ما مر عن الإسعاف من أن التأبيد معنى شرط اتفاقاً، وإذا عاد إلى الملك لم يكن مؤبداً إلا لفظاً ومعنى.

والحاصل: أنه لا خلاف عندهما في صحة الوقف مع عدم تعيين الموقوف عليه إذا ذكر لفظ التأبيد، أو ما في معناه كالفقراء وكلفظ صدقة موقوفة وكموقوفة لله تعالى وكموقوفة على وجوه البر، لأنه عبارة عن الصدقة، وكذا موقوفة على الجهاد أو على أكفان الموتى، أو حفر القبور كما في الخانية وغيرها، وأنه لا خلاف في بطلانه لو اقتصر على لفظ موقوفة مع التعيين كموقوفة على زيد، خلافاً لما في البزازية وإنما الخلاف بينهما لو اقتصر بلا تعيين أو جمع مع التعيين كصدقة موقوفة على فلان، فعند أبي يوسف: يصح ثم يعود إلى الفقراء وهو المعتمد. وقيل يعود إلى الملك والمراد بالمعين ما يحتمل الانقطاع كأولاد زيد، أو فقراء قرابة فلان وهم يحصون. وفي الذخيرة عن وقف الخصاف قال: جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان وولده وولد ولده

واختلف الترجيح والأخذ بقول الثاني أحوط وأسهل. بحر. وفي الدرر وصدر الشريعة: وبه يفتى، وأقرّه المصنف (وإذا وقّته) بشهر أو سنة (بطل) اتفاقاً. درر. وعليه فلو وقف على رجل بعينه عاد بعد موته لورثة الواقف، به يفتى. فتح.

وأولاد أولادهم، فإذا سمى من ذلك ثلاثة بطون فهي وقف مؤبد[1] إلى يوم القيامة. وبقي ما إذا وقف على عمارة مسجد معين فقيل يصح عند أبي يوسف لتأبده مسجداً إلا عند محمد[2] وقيل يصح اتفاقاً. وفي البحر عن المحيط أنه المختار، فاغتنم تحرير هذا المحل فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب والحمد لله تعالى ملهم الصواب. قوله: (واختلف الترجيح) مع التصريح في كلٍّ منهما بأن الفتوى عليه، لكن في الفتح أن قول أبي يوسف أوجه عند المحققين. قوله: (بطل اتفاقاً) هذا إذا شرط رجوعه بعد الوقت، وإلا فهو باطل أيضاً عند الخصاف، صحيح مؤبد عند هلال، كما في الإسعاف؛ وظاهر ما في الحانية اعتماده كما في البحر، ووجهه أنه إذا قال: صدقة موقوفة يوماً أو شهراً فهو مثل ما لو وقفه على معين فينبغي أن يجري فيه الخلاف السابق بين محمد وأبي يوسف، فيصح عند الثاني، لأن لفظ صدقة يفيد التأبيد فيلغو التوقيت؛ أما إذا شرط رجوعه إليه بعد مضي الوقت، فقد أبطل التأبيد فيبطل الوقف؛ نعم ذكر في الإسعاف عن هلال أنه لو قال: صدقة موقوفة بعد موتي سنة يصح مؤبداً، إلا إذا قال: فإذا مضت السنة فالوقف باطل فهو كما شرط، فتصير الغلة للمساكين سنة والأرض ميراث لورثته، لأنه باشتراط البطلان خرجت من الوقف المضاف اللازم بعد الموت إلى الوصية المحضة. قوله: (وعليه فلو وقف على رجل) أي مقروناً بلفظ صدقة، وإلا لم يجز اتفاقاً كما حققناه قريباً. ثم إن هذا لا يصح بناؤه على بطلان الوقف الموقت، بل هو مبني على صحته فكان عليه أن يذكره بعد كلام الحاوية، بل الأولى ذكره قبل قوله (وإذا وقّته) ليكون تفريعاً على قول أبي يوسف، لكنه على إحدى الروايتين عنه؛ وقد علمت أنه خلاف المعتمد لمخالفته لما نص عليه محققو المشايخ، ولما في المتون من أنه بعد موت الموقوف عليه يعود للفقراء، لأنه لو عاد للمالك لم يكن مؤقتاً لا لفظاً ولا

---

(1) قوله: (فهي وقف مؤبد إلخ) فيه أن هذا وقف ما يحتمل الانقطاع فكيف يكون مؤبداً. لكن قال شيخنا: ينبغي أن [illegible] على أولادي اقتصر على البطن الأول، وإذا قال على أولاد أولادي اقتصر على البطن الثاني، وإذا ذكر الثلاثة تناول جميع البطون إلى يوم القيامة. فلعل مراده بقوله مؤبداً حمل على أولاده ونسلهم، [illegible] بعد انقراضهم يجعل مؤبداً على الفقراء، وهو كلام.

(2) قوله: (إلا عند محمد إلخ) أي يعود المسجد إلى ملك الواقف بعد الانهدام. وقوله: (وقيل يصح اتفاقاً) قال شيخنا: هذا هو الصحيح لأن عود المسجد إلى ملك الواقف عند محمد فقط [illegible] وقد [illegible] بعد البيع مصروف.

قلت: وجزم في الخانية بصحة الموقوف مطلقاً فتنبه، وأقره الشرنبلالي (فإذا تم ولزم لا يملك ولا يعار ولا يرهن) فبطل شرط واقف الكتب الرهن شرط

معنى، والتأبيد معنى متفق عليه في الصحيح كما مر. قلنا أفاد في النهر ضعف ما هنا، وإذ نقل في الفتح عن الأجناس أنه به يفتى. قوله: (قلت وجزم في الخانية الخ) استدراك على قول الدر بطل اتفاقاً، وعبارة الشرنبلالي أقول: يرد عليه: أي على الدرر ما في الخانية: رجل وقف داره يوماً أو شهراً أو وقتاً معلوماً ولم يزد على ذلك، جاز الوقف ويكون وقفاً أبداً اهـ.

قلت: وعلى ما حملنا عليه كلام الدرر لا يرد ما في الخانية، لأن المراد به ما إذا لم يشترط رجوعه إليه بقرينة قوله: ولم يزد على ذلك، وبه تعلم أنه لا محل لقول الشارح مطلقاً، لأنه ليس في كلامه ما يفسر الإطلاق بل ربما يفيد أنه يجوز وإن شرط رجوعه إليه مع أنه يبطل اتفاقاً كما علمت، وقد قال في الخانية عقب عبارته المذكورة: ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة شهراً، فإذا مضى شهر فالوقف باطل كان الوقف باطلاً في قول هلال، لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبداً، فإذا كان التأبيد شرطاً لا يجوز مؤقتاً اهـ. وإنما قيد بقوله في قول هلال، لأنه على قول الخصاف باطل مطلقاً كما علمت آنفاً، وقيد الصيغة بقوله صدقة موقوفة لأنه بدون لفظ صدقة أو ما يقوم مقامها لا يصح كما مر، وبه يظهر أن قوله وقف داره يوماً ليس صيغة الوقف، بل حكاية عنه صيغته قول الواقف أرضي صدقة موقوفة ونحوه. قوله: (فإذا تم ولزم) لزومه على قول الإمام بأحد الأمور الأربعة المارة عندهما بمجرد القول، ولكنه عند محمد: لا يتم إلا بالقبض والإفراز والتأبيد لفظاً، وعند أبي يوسف بالتأبيد فقط ولو معنى كما علم مما مر. قوله: (لا يملك) أي لا يكون مملوكاً لصاحبه ولا يملك: أي لا يقبل التمليك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تمليك الخارج عن ملكه ولا يعار، ولا يرهن لاقتضائهما الملك. درر. ويستثنى من عدم تمليكه ما لو اشترط الواقف استبداله وسيأتي الكلام عليه، وعلى بيع الوقف إذا افتقر الواقف، لم يكن مسجلاً، ويستثنى من عدم الإعارة ما لو كان داراً موقوفة للسكنى، لأن من له السكنى له الإعارة كما صرح به في البحر وغيره. بخلاف الموقوف للاستغلال. قال في الإسعاف: ومن وقف دوره للاستغلال ليس له أن يسكنها أحد بلا أجر اهـ. وفي شرح الملتقى: وجاز بيع المصحف المخرق وشراء آخر بثمنه. قوله: (فبطل الخ) لا يصح تفريعه على قوله: «ولا يرهن» لأنه في رهن الوقف لا في الرهن به، بل هو تفريع على قوله: «ولا يملك» فافهم، ووجهه أن الرهن حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين والأعيان المضمونة بالمثل والقيمة، حتى لو هلك الرهن صار المرتهن مستوفياً حقه لو مساوياً للرهن، ولا يخفى أن الاستيفاء إنما يتأتى فيما يمكن تمليكه، والوقف لا يمكن تمليكه فلا يصح الرهن به، ولأنه أمانة عند المستعير وهو غير مضمون.

كما في التظهير، ولو سكنه المشتري أو المرتهن ثم بان أنه وقف أو الصغير لزم أجر المثل قنية (ولا يقسم)

مَطْلَبٌ فِي شَرْطِ وَاقِفِ الكُتُبِ أَنْ لَا تُعَارَ إِلَّا بِرَهْنٍ

قال في الأشباه في القول في الدين معزياً إلى السبكي: فرع: حدث في الأعصار القريبة وقف كتب شرط الواقف أن لا تعار إلا برهن أو لا تخرج أصلاً، والذي أقول في هذا: إن الرهن لا يصح بها لأنها غير مضمونة في يد الموقوف عليه، ولا يقال لها عارية أيضاً، بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف استحق الانتفاع: ويده عليها يد أمانة فشرط أخذ الرهن عليها فاسد، وإن أعطى كان رهناً فاسداً، ويكون في يد خازن الكتب أمانة هذا إن أريد الرهن الشرعي، وإن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط، لأنه غرض صحيح، وإذا لم يعلم مراد الواقف، فالأقرب الحمل على اللغوي تصحيحاً لكلامه، وفي بعض الأوقاف يقول: لا تخرج إلا بتذكرة، فيصح ويكون المقصود أن تجويز الواقف الانتفاع مشروط بذلك، ولا نقول إنها تبقى رهناً، بل له أخذها فيطالبه الخازن برد الكتاب، وعلى كل فلا تثبت له أحكام الرهن ولا بيعه، ولا بدل الكتاب الموقوف بتلفه إن لم يفرط اهـ. ملخصاً. قال في الأشباه بعد نقله: وقول أصحابنا لا يصح الرهن بالأمانات شامل للكتب الموقوفة، والرهن بالأمانات باطل، فإذا هلك لم يجب شيء، بخلاف الرهن الفاسد فإنه مضمون كالصحيح، وأما وجوب اتباع شرطه وحمله على المعنى اللغوي فغير بعيد اهـ. وسيأتي تمام الكلام على جواز نقل الكتب قبيل قوله: «ويبدأ من غلته بعمارته».

مَطْلَبٌ: سَكَنَ دَاراً ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهَا وَقْفٌ يَلْزَمُهُ أَجْرُ مَا سَكَنَ

قوله: (لزم أجر المثل) بناء على المفتى به عند المتأخرين من أن منافع العقار تضمن إذا كان وقفاً أو ليتيم أو معداً للاستغلال كما سيأتي في الفصل عند قول المصنف: «يفتى بالضمان الخ» وبه أفتى الرملي وغيره، وجزم به في الفتح آخر الباب، وعلى هذا فما ذكره في القنية أيضاً من أنه لو سكن الدار سنين يدعي الملك ثم استحقت للوقف لا تلزمه أجرة ما مضى اهـ. ضعيف، كما جزم به في البحر، لأنه مبني على قول المتقدمين ووجوب الأجرة قول المتأخرين كما نص عليه في الإسعاف. أفاده الخير الرملي. ولو بنى المشتري أو غرس فسيأتي حكمه عند مسألة ابن النقار في سوادة الفصل الآتي. قوله: (ولا يقسم إلا عندهما الخ) أي إذا قضى قاض بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقاً عليه كسائر المختلفات، فإن طلب بعضهم القسمة فعنده لا يقسم ويتهايؤون، وعندهما يقسم إلا إذا كانت بين الواقف والمالك، وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفاً على الأرباب فأرادوا القسمة لا يقسم، كذا في المحيط. درر.

وهذا معنى قول المصنف: «إلا عندهما» إذ كانت بين الواقف والمالك لا الموقوف عليهم.

مَطْلَبٌ فِي التَّهَايُؤِ فِي أَرْضِ الْوَقْفِ بَيْنَ الْمُسْتَحِقِّينَ

قوله: (بل يتهايؤون) قال في فتاوى ابن الشلبي: القسمة بطريق التهايؤ، وهو المناوب في لعين الموقوفة كما إذا كان الموقوف أرضاً مثلاً بين جماعة، فتراضوا على أن كل واحد منهم يأخذ له من الأرض الموقوفة قطعة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة، ثم في السنة الأخرى يأخذ كل منهم قطعة غيرها، فذلك سائغ، ولكنه ليس بلازم، فلهم إبطاله، وليس ذلك في الحقيقة بقسمة، إذ القسمة الحقيقية أن يختص بعض من لعين الموقوفة على الدوام اهـ. ونحوه في البحر عن الإسعاف، ومقتضاه: أنه ليس لهم استدامة هذه القسمة بل يجب عليهم نقضها، واستبدال الأماكن بعضها ببعض، إذ لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع، لتأديها في طول الزمان إلى دعوى الملكية، أو دعوى كل منهم أو بعضهم أن ما في يده موقوف عليه بعينه، ولا يخفى ما في ذلك من الضرر؛ ثم لا يخفى أن ما قيل من أن المهايأة في الوقف لا يمكن إبطالها، لأنه لا يكون إلا بطلب القسمة، والقسمة في الوقف متعذرة، فهو ممنوع، بل يمكن نقضها وإبطالها بإعادته كما كان، أو باستبدال الأماكن كما قلنا، ولو ثبت عدم إمكان إبطاله لبطل ما نقلوه من الإجماع، على أن الوقف لا يقسم: أي قسمة مستدامة، فقد ظهر لك أن هذا كلام ناشىء عن عدم التدبر لمخالفته للإجماع، فتدبر.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا ضَاقَتِ الدَّارُ عَلَى الْمُسْتَحِقِّينَ

بقي ما لو كان الموقوف داراً شرط الواقف سكناها لأولاده ونسائه. قال في الإسعاف: تكون سكناها لهم ما بقي منهم أحد، فلو لم يبق إلا واحد وأراد أن يؤجرها أو ما فضل عنه منها ليس له ذلك، وإنما له السكنى فقط؛ ولو كثرت أولاد الواقف، وضاقت الدار عليهم ليس لهم أن يؤجروها، وإنما تسقط سكناها على عددهم، ومن مات منهم بطل ما كان له من سكناها، ويكون لمن بقي منهم؛ ولو كانوا ذكوراً وإناثاً وأراد كل من الرجال والنساء أن يسكنوا معهم نساءهم وأزواجهن معهن جاز لهم ذلك إن كانت الدار ذات مقاصير وحجر يغلق على كل واحدة باب، وإن كانت داراً واحدة لا يمكن أن تسقط بينهم لا يسكنها إلا من جعل لهم الواقف السكنى دون غيرهم من نساء الرجال ورجال النساء اهـ. أي لأن الواقف قصد صيانتهم، وسترهم، فلو سكن زوج امرأة معها، وكان في هذه الدار أخوات مثلاً كان فيه بذلة لهن بدخول الرجل عليهن، كما في الخصاف، بخلاف ما إذا كان لكل منهم حجرة لها باب يغلق، فإن لكل أن

فيقسم المشاع، وبه أفتى قارئ الهداية وغيره (إذا كانت) القسمة (بين الواقف و)

يسكن بأهله وحشمه وجميع من معه كما في الخصاف أيضاً. وقدمنا في السرقة: أن المقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة، وإنه ذكر محمد فيما لو أخرج السارق السرقة إلى صحن الدار أنه إن كان فيها مقاصير، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع. قال في الفتح هناك: أي إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم، ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة اهـ. وهل المراد هنا بالحجرة كذلك؟ الظاهر نعم، كما يفيده قول الخصاف لكل أن يسكن في حجرة بأهله وحشمه وجميع من معه.

ثم قد صرح الخصاف بأنه إذا لم يكن فيها حجر، لا تقسم، ولا يقع فيها مهايأة بينهم، وظاهره أنه لو كان فيها حجر لا تكفيهم، فهي كذلك: أي يسكنها المستحقون فقط، دون نساء الرجال ورجال النساء ولذا قال في الفتح بعد نقله كلام الخصاف: وعن هذا تعرف أنه لو سكن بعضهم، فلم يجد الآخر موضعاً يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على الساكنين، بل إن أحبّ أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار، بلا زوجة أو زوج وإلا ترك المتضيق وخرج، أو جلسوا معاً في كل بقعة إلى جنب الآخر، ثم ذكر أن الخصاف لم يخالفه أحد فيما ذكر، كيف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور: أي على قولهم: لو كان الكل وقفاً على أربابه وأرادوا القسمة لا يجوز التهايؤ اهـ. لكن هذا يشكل على قول الشارح: «بل يتهايؤونه». والتوفيق كما أفاده الخير الرملي بحمل ما في الخصاف وغيره من عدم جواز القسمة، والتهايؤ على قسمة التملك جبراً، وما في الشرح تبعاً للإسعاف وغيره على قسمة التراضي بلا لزوم، ولذا قالوا: ولمن أبى منهم بعد ذلك إبطاله.

مَطْلَبٌ فِي قِسْمَةِ الوَاقِفِ مَعَ شَرِيكِهِ

قوله: (فيقسم المشاع) فإذا تقاسم الواقف مع شريكه، فوقع نصيب الواقف في موضع لا يلزمه أن يقفه ثانياً، لأن القسمة تعيين الموقوف، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف المقسوم ثانياً. بحر عن الخلاصة: أي إذا لم يكن محكوماً بصحته، إذ بعد الحكم لم يبق خلاف.

مَطْلَبٌ: قَاسَمَ وَجَمَعَ حِصَّةَ الوَقْفِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ جَازَ

وفي البحر عن الظهيرية: ولو كانت له أرضون ودور بينه وبين آخر فوقف نصيبه، ثم أراد أن يقاسم شريكه ويجمع الوقف كله في أرض واحدة ودار واحدة، فإنه جائز في قول أبي يوسف وهلال اهـ.

شريكه (المالك) أو الواقف الآخر أو ناظره إن اختلفت جهة وقفهما. قارئ الهداية. (ولو وقف نصف عقار كله له فالقاضي يقسمه مع الواقف). صدر الشريعة وابن الكمال. وبعد موته لورثته ذلك. ويفرز القاضي الوقف من الملك، ولهم بيعه، به أفتى قارئ الهداية، واعتمده في المنظومة المحبية (لا الموقوف عليهم) فلا يقسم الوقف بين مستحقيه إجماعاً. درر وكافي وخلاصة وغيرها. لأن حقهم ليس في العين، وبه جزم ابن نجيم في فتاواه، وفي فتاوى قارئ الهداية: هذا هو المذهب، (وبعضهم جوز ذلك). ولو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعاً

مطلب: لو كان في القسمة فضل دراهم من الوقف صح لا من الشريك

وفي الفتح: ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصفين أجود، فجعل بإزاء الجودة دراهم، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان غير الموقوف هو الأحسن لا يجوز، لأنه يصير بائعاً بعض الوقف، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز، لأن الواقف مشتر لا بائع، فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه اهـ. لكن في الإسعاف: وما اشتراه ملك له ولا يصير وقفاً، ومثله في الخانية، وكذا في البحر عن الظهيرية. تأمل.

مطلب: إذا وقف كل نصف على جهة صارا وقفين

قوله: (إن اختلفت جهة وقفهما) أي بأن كان كل وقف منهما على جهة غير الجهة الأخرى، لكن هذا التقييد مخالف لما في الإسعاف، حيث قال: ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة، وجعل الولاية عليه لزيد في حياته وبعد مماته، ثم وقف النصف الآخر على تلك الجهة أو غيرها وجعل الولاية عليه لعمرو في حياته، وبعد وفاته يجوز لهما أن يقتسما ويأخذ كل واحد منهما النصف فيكون في يده، لأنه لما وقف كل نصف على حدة صارا وقفين وإن اتحدت الجهة كما لو كان لشريكين فوقفاه كذلك اهـ. قوله: (فالقاضي يقسمه مع الواقف) أي بأن يأمر رجلاً بأن يقاسمه وله طريق آخر كما في الفتح، وهو أن يبيع نصيبه الشائع من رجل، ثم يقاسم المشتري، ثم يشتري ذلك منه إن أحب، وهذا لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً اهـ. قوله: (به أفتى قارئ الهداية) حيث قال: نعم تجوز القسمة ويفرز الوقف من الملك، ويحكم بصحتها، ويجوز للورثة بيع ما صار إليهم بالقسمة، وإذا قسم بينهم من هو عالم بالقسمة إن شاء عين جهة الوقف وجهة الملك بقوله. والأولى أن يقرع بين الجزءين نفياً للتهمة عن نفسه اهـ. قوله: (فلا يقسم الوقف بين مستحقيه إجماعاً) لكنه لا يجوز التهايؤ فيه جبراً كما حررناه آنفاً. قوله: (وبعضهم جوز ذلك) هذا ضعيف

يكفيه فليس له أجرة، ولا له أن يقول أنا أستعمل بقدر ما استعملت، لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة. قنية. نعم لو استعمله كله أحدهم بالغلبة بلا إذن الآخر، لزمه أجر حصة شريكه، ولو وقفا على سكناهما، بخلاف الملك المشترك ولو معداً للإجارة. قنية.

قلت: ولو بعضه ملك وبعضه وقف، ويأتي في الغصب (ويزول ملكه عن المسجد والمصلى)

لمخالفة الإجماع. قوله: (لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة) مفهومه ثبوت المهايأة له بعد الخصومة في المستقبل، وقد علمت أنه لا مهايأة في الوقف. نعم هذا في الملك كما مر قبيل الوقف نظماً. قوله: (لزمه أجر حصة شريكه) لأنه لما استعمله بالغلبة صار غاصباً ومنافع الوقف مضمونة على المفتى به، بخلاف المسألة التي قبل هذه، لأن الساكن فيها غير غاصب، كما أفاده في النهر والخير الرملي خلافاً لما توهمه في البحر. قوله: (ولو وقفا على سكناهما) أي وإن كان من له السكنى ليس له الإيجار كما قدمناه عن الإسعاف لأن هذا تضمين لا إيجار قصدي. قوله: (بخلاف الملك المشترك) أي بين بالغين، فلو أحدهما يتيماً وسكنه الآخر لزمه أجر حصة اليتيم. قوله: (ولو معداً للإجارة) لأنه سكنه بتأويل ملك كما يأتي في الغصب ط عن ح. قوله: (ولو بعضه ملك وبعضه وقف) جملة المبتدأ والخبر، وما عطف عليها خبر كان المقدرة بعد لو، واسمها مستتر فيها عائد على المكان المستعمل المتحدث عنه، والولوع بالاعتراض يمنع الاهتداء إلى طريق الصواب، فافهم. قوله: (ويأتي في الغصب) في بعض النسخ بدون واو على أنه جواب المسألة الأخيرة، لكن نسخ إثباتها أحسن، لأن غالب ما ذكر هنا من مسائل الغصب يأتي في بابه، وإن كانت الأخيرة لم تذكر فيه نصاً لكنها معلومة، لأنهم نصوا هناك على تضمين منافع الوقف ولم يقيدوه بما إذا لم يكن بعضه ملكاً على أنه في الغصب. قال: أما في الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا إذن لزم الأجر اهـ. فقوله: إذا سكنه أحدهما أي أحد الشريكين، يشمل الشريك في الملك أو في الوقف، واحترز بالغلبة عما إذا لم يجد شريك الوقف موضعاً يسكن فيه فخرج باختياره كما مر، وأما إذا كانت الدار كلها وقفاً، فإن الساكن يلزمه أجرها، ولو كانت بتأويل ملك كما إذا اشتراها ثم ظهر أنها وقف كما قدمناه. قوله: (ويزول ملكه عن المسجد الخ) اعلم أن المسجد يخالف سائر الأوقاف في عدم اشتراط التسليم إلى المتولي عند محمد وفي منع الشيوع عند أبي يوسف، وفي خروجه عن ملك الواقف عند الإمام وإن لم يحكم به حاكم، كما في الدرر وغيره. قوله: (والمصلى) شمل مصلى الجنازة ومصلى العيد. قال بعضهم: يكون مسجداً حتى إذا مات لا يورث عنه.

بالفعل و (بقوله جعلته مسجداً) عند الثاني (وشرط محمد) والإمام (الصلاة فيه)

وقال بعضهم: هذا في مصلى الجنازة. أما مصلى العيد لا يكون مسجداً مطلقاً، وإنما يعطي له حكم المسجد في صحة الاقتداء بالإمام، وإن كان منفصلاً عن الصفوف، وفيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد. وقال بعضهم: يكون مسجداً حال أداء الصلاة لا غير وهو والجبانة سواء، ويجنب هذا المكان عما يجنب عنه المساجد احتياطاً اهـ. خانية وإسعاف. والظاهر ترجيح الأول، لأنه في الخانية يقدم الأشهر. قوله: (بالفعل) أي بالصلاة فيه ففي شرح الملتقى أنه يصير مسجداً بلا خلاف، ثم قال عند قول الملتقى، وعند أبي يوسف: يزول بمجرد القول، ولم يرد أنه لا يزول بدونه لما عرفت أنه يزول بالفعل أيضاً بلا خلاف اهـ.

مَطْلَبٌ فِي أَحْكَامِ ٱلْمَسْجِدِ

قلت: وفي الذخيرة وبالصلاة بجماعة يقع التسليم بلا خلاف، حتى أنه إذا بنى مسجداً وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة فإنه يصير مسجداً اهـ. ويصح أن يراد بالفعل الإفراز، ويكون بياناً للشرط المتفق عليه عند الكل كما قدمناه من أن المسجد لو كان مشاعاً لا يصح إجماعاً، وعليه فقوله عند الثاني مرتبط بقول المتن بقوله: «جعلته مسجداً» وليست الواو فيه بمعنى «أو» فافهم، لكن عنده لا بد من إفرازه بطريقة. ففي النهر عن القنية جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجداً في قولهم جميعاً، وإلا فلا عند أبي حنيفة، وقالا: يصير مسجداً ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو آجر أرضه ولم يشترط الطريق اهـ. وفي القهستاني: ولا بد من إفرازه: أي تمييزه عن ملكه من جميع الوجوه، فلو كان العلو مسجداً والسفل حوانيت أو بالعكس لا يزول ملكه لتعلق حق العبد به كما في الكافي.

تنبيه: ذكر في البحر أن مفاد كلام الحاوي اشتراط كون أرض المسجد ملكاً للباني اهـ. لكن ذكر الطرسوسي جوازه على الأرض المستأجرة أخذاً من جواز وقف البناء، كما سنذكره هناك، وسئل في الخيرية عمن جعل بيت شعر مسجداً فأفتى بأنه لا يصح. قوله: (وشرط محمد والإمام الصلاة فيه) أي مع الإفراز كما علمته، واعلم أن الوقف إنما احتيج في لزومه إلى القضاء عند الإمام، لأن لفظه لا ينبئ عن الإخراج عن الملك، بل عن الإبقاء فيه، لتحصل الغلة على ملكه، فيتصدق بها بخلاف قوله: «جعلته مسجداً» فإنه لا ينبىء عن ذلك ليحتاج إلى القضاء بزواله، فإذا أذن بالصلاة فيه، قضى العرف بزواله عن ملكه، ومقتضى هذا أنه لا يحتاج إلى قوله وقفت ونحوه وهو كذلك، وأنه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصلّ فيه أحد أنه لا يصير مسجداً بلا حكم، وهو بعيد، كذا في الفتح ملخصاً. ولقائل أن يقول: إذا قال

بجماعة وقيل: يكفي واحد وجعله في الخانية ظاهر الرواية.

فرع: أراد أهل المحلة نقض المسجد وبناءه أحكم من الأول أن الباني من

جعلته مسجداً فالعرف قاض وماض بزواله عن ملكه أيضاً غير متوقف على القضاء، وهذا هو الذي ينبغي أن لا يتردد فيه. نهر.

قلت: يلزم على هذا[1] أن يكتفي فيه بالقول عنده، وهو خلاف صريح كلامهم. تأمل. وفي الدر المنتقى وقدم في التنوير والدرر والوقاية وغيرها قول أبي يوسف وعلمت أرجحيته في الوقف والقضاء اهـ. قوله: (بجماعة) لأنه لا بد من التسليم عندهما خلافاً لأبي يوسف، وتسليم كل شيء بحسبه، ففي المقبرة بدفن واحد، وفي السقاية بشربه، وفي الخان بنزوله كما في الإسعاف، واشتراط الجماعة لأنها المقصودة من المسجد، ولذا شرط أن تكون جهراً بأذان وإقامة وإلا لم يصر مسجداً. قال الزيلعي: وهذه الرواية هي الصحيحة. وقال في الفتح: ولو اتحد الإمام والمؤذن وصلى فيه وحده صار مسجداً بالاتفاق، لأن الأداء على هذا الوجه كالجماعة. قال في النهر: وإذ قد عرفت أن الصلاة فيه أقيمت مقام التسليم، علمت أنه بالتسليم إلى المتولي يكون مسجداً دونها: أي دون الصلاة، وهذا هو الأصح كما في الزيلعي وغيره. وفي الفتح: وهو الأوجه لأن بالتسليم إليه يحصل تمام التسليم إليه تعالى، وكذا لو سلمه إلى القاضي أو نائبه كما في الإسعاف، وقيل لا، واختاره السرخسي اهـ. قوله: (وقيل يكفي واحد) لكن لو صلى الواقف وحده فالصحيح أنه لا يكفي، لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة، وقبضه لنفسه لا يكفي، فكذا صلاته. فتح وإسعاف. قوله: (وجعله في الخانية ظاهر الرواية) وعليه المتون كالكنز والملتقى وغيرهما، وقد علمت تصحيح الأول، وصححه في الخانية أيضاً، وعليه اقتصر في كافي الحاكم فهو ظاهر الرواية أيضاً. قوله: (إن الباني الخ) المتبادر من العبارة[2] أن المراد باني المسجد أولاً، لكن المناسب أن يراد مريد البناء الآن. وفي ط عن الهندية: مسجد مبني أراد رجل أن ينقضه ويبنيه أحكم ليس له ذلك، لأنه لا ولاية له. مضمرات. إلا أن يخاف أن ينهدم إن لم يهدم. تاترخانية، وتأويله: إن لم يكن الباني من أهل تلك المحلة وأما أهلها فلهم أن يهدموه ويجددوا بناءه ويفرشوا الحصير، ويعلقوا القناديل، لكن من مالهم

---

(1) في ط (قوله قلت يلزم على هذا الخ) فيه أن الإذن بالصلاة قول أيضاً، على قوله جعلته مسجداً صريح في الإذن بالصلاة فيه، وفرق شيخنا بين القولين بأن الإذن بالصلاة يقتضي إلى العامة ويفيد جعله مسجداً أيضاً وشرط الإمام الفعل ليس إلا لما فيه من التسليم، وقد وجد في الإذن دون قوله «جعلته مسجداً».

(2) في ط (قوله المتبادر من العبارة الخ) وجه التبادر أن موضوع المسألة في أن مريد الهدم والبناء هم أهل المحلة، وحيث كان الموضوع ذلك لا يصح التفصيل بقوله: فإن كان الباني من أهل تلك المحلة الخ، فعلى كل حال لا تخلو العبارة عن قصور.

أهل المحلة لهم ذلك وإلا لا. بزازية. (وإذا جعل تحته سرداباً لمصالحه) أي المسجد (جاز) كمسجد القدس (ولو جعل لغيرها أو) جعل (فوقه بيتاً وجعل باب المسجد إلى طريق وعزله عن ملكه لا) يكون مسجداً (وله بيعه ويورث عنه) خلافاً لهما (كما لو جعل وسط داره مسجداً وأذن للصلاة فيه) حيث لا يكون مسجداً إلا إذا شرط الطريق. زيلعي.

لا من مال المسجد إلا بأمر القاضي. خلاصة. ويضمنوا حيصان الماء للشرب والوضوء إن لم يعرف للمسجد بان، فإن عرف فالباني أولى، وليس لورثته منعهم من نقضه والزيادة فيه، ولأهل المحلة تحويل باب المسجد. خانية. وفي جامع الفتاوى: لهم تحويل المسجد إلى مكان آخر إن تركوه بحيث لا يصلي فيه، ولهم بيع مسجد عتيق لم يعرف بانيه وصرف ثمنه في مسجد آخر اهـ. سائحاني اهـ.

قلت: وفي الهندية آخر الباب الأول من إحياء الموات نقلاً عن الكبرى. أراد أن يحفر بئراً في مسجد من المساجد إذا لم يكن في ذلك ضرر بوجه من الوجوه وفيه نفع من كل وجه، فله ذلك، كذا قال هنا. وذكر في باب المسجد قبل كتاب الصلاة: لا يحفر، ويضمن، والفتوى على المذكور هنا اهـ. وقد ذكر في البحر جملة وافية من أحكام المسجد، فراجعه. قوله: (وإذا جعل تحته سرداباً) جمعه سراديب: بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره، كذا في الفتح، وشرط في المصباح أن يكون ضيقاً. نهر. قوله: (أو جعل فوقه بيتاً الخ) ظاهره أنه لا فرق بين أن يكون البيت للمسجد أو لا، إلا أنه يؤخذ من التعليل أن محل عدم كونه مسجداً فيما إذا لم يكن وقفاً على مصالح المسجد، وبه صرح في الإسعاف فقال: وإذا كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد أو كانا وقفاً عليه صار مسجداً اهـ. شرنبلالية.

قال في البحر. وحاصله أن شرط كونه مسجداً أن يكون سفله وعلوه مسجداً لينقطع حق العبد عنه لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن ١٨] بخلاف ما إذا كان[1] السرداب والعلو موقوفاً لمصالح المسجد، فهو كسرداب بيت المقدس، هذا هو ظاهر الرواية، وهناك روايات ضعيفة مذكورة في الهداية اهـ. قوله: (كما لو جعل الخ) ظاهره أنه لا خلاف فيه مع أن فيه خلافهما أيضاً كما قدمناه عن القنية ونحوه في الهداية، فكان المناسب ذكر قوله: «خلافاً لهما» بعد هذه المسألة ليكون راجعاً للمسائل الثلاث. قوله: (وأذن للصلاة) اللام للتعليل لا صلة «أذن» والأوضح: وأذن للناس

---

(١) في ط «قوله بخلاف ما إذا كان الخ» هذه العبارة توهم أنه لا يكون مسجداً إذا كان العلو والسفل موقوفاً، وهو خلاف ما صرح به الإسعاف، ولعل في العبارة كلاماً سقط من قلم الناسخ يدل عليه قوله «بخلاف الخ».

فرع: لو بنى فوقه بيتاً للإمام لا يضر لأنه من المصالح، أما لو تمت المسجدية ثم أراد البناء منع ولو قال عنيت ذلك لم يصدق. تاترخانية. فإذا كان هذا في الواقف فكيف بغيره فيجب هدمه ولو على جدار المسجد، ولا يجوز أخذ الأجرة منه ولا أن يجعل شيئاً منه مستغلاً ولا سكنى. بزازية (ولو خرّب ما حوله واستغنى عنه يبقى مسجداً عند الإمام، والثاني) أبداً إلى قيام الساعة (وبه يفتي) حاوي القدسي (وعاد إلى الملك) أي ملك الباني أو ورثته (عند محمد)

بالصلاة فيه، والمراد الإذن مع الصلاة إذا لو لم يصل فيه أحد لا يصح في المسجد الفرز، فهنا أولى كما لا يخفى. قوله: (أما لو تمت المسجدية) أي بالقول على المفتى به أو بالصلاة فيه على قولهما ط. وعبارة التاترخانية: وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس ثم جاء بعد ذلك يبني لا يترك اهـ. وبه علم أن قوله في النهر: وأما لو تمت المسجدية ثم أراد هدم ذلك البناء فإنه لا يمكن من ذلك الخ. فيه نظر، لأنه ليس في عبارة التاترخانية ذكر الهدم، وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك. قوله: (فإذا كان هذا في الواقف الخ) من كلام البحر والإشارة إلى المنع من البناء. قوله: (ولو على جدار المسجد) مع أنه لم يأخذ من هواء المسجد شيئاً اهـ ط. ونقل في البحر قبله: ولا يوضع الجذع على جدار المسجد وإن كان من أوقافه اهـ.

قلت: وبه علم حكم ما يصنعه بعض جيران المسجد من وضع جذوع على جداره فإنه لا يحل ولو دفع الأجرة قوله. (ولا أن يجعل الخ) هذا ابتداء عبارة البزازية، والمراد بالمستغل أن يؤجر منه شيء لأجل عمارته، وبالسكنى محلها. وعبارة البزازية: على ما في البحر. ولا مسكناً. وقد رد في الفتح ما بحثه في الخلاصة من أنه لو احتاج المسجد إلى نفقة تؤجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه بأنه غير صحيح.

قلت: وبهذا علم أيضاً حرمة إحداث الخلوات في المساجد كالتي في رواق المسجد الأموي، ولا سيما ما يترتب على ذلك من تقذير المسجد بسبب الطبخ والغسل ونحوه، ورأيت تأليفاً مستقلاً في المنع من ذلك.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ غَيْرُهُ

قوله: (ولو خرب ما حوله) أي ولو مع بقائه عامراً، وكذا لو خرب وليس له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر. قوله: (عند الإمام والثاني) فلا يعود ميراثاً، ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر، سواء كانوا يصلون فيه أو لا، وهو الفتوى. حاوي القدسي. وأكثر المشايخ عليه. مجتبى. وهو الأوجه فتح اهـ. بحر. قال في الإسعاف: وذكر بعضهم أن قول أبي حنيفة كقول أبي يوسف، وبعضهم ذكره كقول محمد. قوله: (وعاد إلى الملك عند محمد) ذكر في الفتح ما معناه أنه يتفرع على

وعن الثاني ينقل إلى مسجد آخر بإذن القاضي (ومثله) في الخلاف المذكور (حشيش المسجد وحصره مع الاستغناء عنهما، و) كذا (الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر) والحوض (إلى أقرب مسجد أو رباط أو بئر) أو حوض (إليه) تفريع على قولهما درر وفيها: وقف ضيعة على الفقراء

الخلاف المذكور ما إذا انهدم الوقف، وليس له من الغلة ما يعمر به، فيرجع إلى الباني أو ورثته عند محمد، خلافاً لأبي يوسف؛ لكن عند محمد: إنما يعود إلى ملكه ما خرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية، كحانوت احترق، ولا يستأجر بشيء ورباط وحوض محلة خرب، وليس له ما يعمر به. وأما ما كان معداً للغلة فلا يعود إلى الملك إلا نقضه وتبقى ساحته وقفاً تؤجر ولو بشيء قليل، بخلاف الرباط ونحوه، فإنه موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه. أما دار الغلة فإنها قد تخرب وتصير كوماً وهي بحيث لو نقل نقضها يستأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع لواقفها مع أنه لا يرجع إليه منها إلا النقض، واستند في ذلك للخانية وغيرها، وظاهر كلامه اعتماده.

قوله: (وعن الثاني الخ) جزم به في الإسعاف حيث قال: ولو خرب المسجد وما حوله وتفرق الناس عنه لا يعود إلى ملك الواقف عند أبي يوسف، فيباع نقضه بإذن القاضي ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد اهـ. قوله: (ومثله حشيش المسجد الخ) أي الحشيش الذي يفرش بدل الحصر، كما يفعل في بعض البلاد كبلاد الصعيد كما أخبرني به بعضهم. قال الزيلعي: وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنهما يرجع إلى مالكه عند محمد، وعند أبي يوسف: ينقل إلى مسجد آخر، وعلى هذا الخلاف الرباط أو البئر إذا لم ينتفع بهما اهـ. وصرح في الخانية بأن الفتوى على قول محمد. قال في البحر: وبه علم أن الفتوى على قول محمد في آلات المسجد، وعلى قول أبي يوسف في تأبيد المسجد اهـ. والمراد بآلات المسجد نحو القنديل والحصير، بخلاف أنقاضه لما قدمنا عنه قريباً من أن الفتوى على أن المسجد لا يعود ميراثاً، ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر. قوله: (وكذا الرباط) هو الذي يبنى للفقراء. بحر عن المصباح.

قوله: (إلى أقرب مسجد أو رباط الخ) لف ونشر مرتب، وظاهره أنه لا يجوز صرف وقف مسجد خرب إلى حوض وعكسه. وفي شرح الملتقى: يصرف وقفها لأقرب مجانس لها اهـ. ط. قوله: (تفريع على قولهما) أي قوله: «فيصرف الخ» مفرع على قول الإمام وأبي يوسف: إن المسجد إذا خرب يبقى مسجداً أبداً، لكن علمت أن المفتى به قول أبي يوسف إنه لا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر كما مر عن الحاوي؛ نعم هذا التفريع إنما يظهر على ما ذكره الشارح من الرواية الثانية عن أبي يوسف، وقدمنا أنه جزم بها في الإسعاف. وفي الخانية: رباط بعيد استغنى عنه المارة وبجنبه رباط

آخر: قال السيد الإمام أبو الشجاع: تصرف غلته إلى الرباط الثاني كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية، فرفع ذلك إلى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر جاز. وقال بعضهم: يصير ميراثاً، وكذا حوض العامة إذا خرب اهـ. ونقل في الذخيرة عن شمس الأئمة الحلواني أنه سئل عن مسجد أو حوض خرب، ولا يحتاج إليه لتفرّق الناس عنه هل للقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد أو حوض آخر؟ فقال: نعم، ومثله في البحر عن القنية، وللشرنبلالي رسالة في هذه المسألة اعترض فيها ما في المتن تبعاً للدرر بما مرّ عن الحاوي وغيره؛ ثم قال: وبذلك تعلم فتوى بعض مشايخ عصرنا، بل ومن قبلهم كالشيخ الإمام أمين الدين بن عبد العال والشيخ الإمام أحمد بن يونس الشلبي والشيخ زين بن نجيم والشيخ محمد الوفائي، فمنهم من أفتى بنقل بناء المسجد، ومنهم من أفتى بنقله ونقل ماله إلى مسجد آخر، وقد مشى الشيخ الإمام محمد بن سراج الدين الحانوتي على القول المفتى به من عدم نقل بناء المسجد، ولم يوافق المذكورين اهـ. ثم ذكر الشرنبلالي: أن هذا في المسجد، بخلاف حوض وبئر ورباط ودابة وسيف بثغر وقنديل وبساط وحصير مسجد، فقد ذكر في التاترخانية وغيرها جواز نقلها اهـ.

مَطْلَبٌ فِي نَقْلِ أَنْقَاضِ الْمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ

قلت: لكن الفرق غير ظاهر، فليتأمل. والذي ينبغي متابعة المشايخ المذكورين في جواز النقل بلا فرق بين مسجد أو حوض، كما أفتى به الإمام أبو شجاع والإمام الحلواني وكفى بهما قدوة، ولا سيما في زماننا فإن المسجد أو غيره من رباط أو حوض إذا لم ينقل يأخذ أنقاضه اللصوص والمتغلبون كما هو مشاهد، وكذلك أوقافه يأكلها النظار أو غيرهم، ويلزم من عدم النقل خراب المسجد الآخر المحتاج إلى النقل إليه، وقد وقعت حادثة سألت عنها في أمير أراد أن ينقل بعض أحجار مسجد خراب في سفح قاسيون بدمشق ليبلط بها صحن الجامع الأموي فأفتيت بعدم الجواز متابعة للشرنبلالي، ثم بلغني أن بعض المتغلبين أخذ تلك الأحجار لنفسه، فندمت على ما أفتيت به، ثم رأيت الآن في الذخيرة قال: وفي فتاوى النسفي: سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية رحلوا وتداعى مسجدها إلى الخراب، وبعض المتغلبة يستولون على خشبه، وينقلونه إلى دورهم هل لواحد لأهل المحلة[1] أن يبيع الخشب بأمر القاضي، ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد أو إلى هذا المسجد؟ قال: نعم، وحكى أنه وقع مثله في زمن سيدنا الإمام الأجلّ في رباط في بعض الطرق خرب ولا ينتفع المارة به، وله

(١) في ط (قوله هل لواحد لأهل المحلة الخ) هكذا بخطه، ولعل الأولى «أهل المحلة».

وسلمها للمتولي ثم قال لوصيه أعط من غلتها فلاناً كذا وفلاناً كذا لم يصح، لخروجه عن ملكه بالتسجيل، فلو قبله صح.

قلت: لكن سيجيء معزياً لفتاوى مؤيد زاده أن للواقف الرجوع في الشروط، ولو مسجلاً (**اتحد الواقف والجهة وقل مرسوم بعض الموقوف عليه**) بسبب خراب وقف أحدهما (**جاز للحاكم أن يصرف من فاضل الوقف الآخر عليه**) لأنهما حينئذ كشيء واحد (**وإن اختلف أحدهما بأن بنى رجلان مسجدين**) أو رجل مسجداً ومدرسة ووقف عليهما أوقافاً (**لا**) يجوز له ذلك

أوقاف عامرة، فسئل هل يجوز نقلها إلى رباط آخر ينتفع الناس به؟ قال: نعم، لأن الواقف غرضه انتفاع المارة، ويحصل ذلك بالثاني اهـ. قوله: (**فلو قبله**) أي قبل التسجيل الذي هو الحكم لا مجرد التسليم الذي في صدر العبارة، لكن هذا إنما يظهر على قول الإمام بعدم لزوم الوقف قبل الحكم، ولذا لم يذكر التسجيل في الخانية حيث قال: وقف ضيعة في صحته على الفقراء، وأخرجها من يده إلى المتولي ثم قال لوصيه عند الموت: أعط من غلتها لفلان كذا ولفلان كذا فجعله لأولئك باطل، لأنها صارت للفقراء، أو فلا يملك إبطال حقهم إلا إذا شرط في الوقف أن يصرف غلتها إلى من شاء اهـ. والمراد ببطلانه أنه لا يكون حقاً لازماً لفلان في غلة الوقف، فلو كان فلان فقيراً لا يلزم إعطاؤه بل له أن يعطي غيره. قوله: (**لكن سيجيء**) أي آخر الفصل الآتي وفيه كلام سيأتي. قوله: (**اتحد الواقف والجهة**) بأن وقف وقفين على المسجد أحدهما على العمارة والآخر إلى إمامه أو مؤذنه والإمام والمؤذن لا يستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف من فاضل وقف المصالح والعمارة إلى الإمام والمؤذن باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة إن كان الوقف متحداً، لأن غرضه إحياء وقفه وذلك يحصل بما قلنا. بحر عن البزازية. وظاهره اختصاص ذلك بالقاضي دون الناظر. قوله: (**بسبب خراب وقف أحدهما**) أي خراب أماكن أحد الوقفين. قوله: (**بأن بنى رجلان مسجدين**) الظاهر أن هذا من اختلافهما معاً، أما اختلاف الواقف فقط فيما إذا وقف رجلان وقفين على مسجد. قوله: (**لا يجوز له ذلك**) أي الصرف المذكور، لكن نقل في البحر بعد هذا عن الولوالجية: مسجد له أوقاف مختلفة لا بأس للقيم أن يخلط غلتها كلها، وإن خرب حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر، لأن الكل للمسجد ولو كان مختلفاً، لأن المعنى يجمعهم اهـ. ومثله في البزازية. تأمل.

تنبيه: قال الخير الرملي: أقول: ومن اختلاف الجهة ما إذا كان الوقف منزلين أحدهما للسكنى والآخر للاستغلال فلا يصرف أحدهما للآخر، وهي واقعة الفتوى اهـ.

(ولو وقف العقار ببقره وأكرته) بفتحتين عبيده الحراثون (صح) استحساناً تبعاً للعقار، وجاز وقف القنّ على مصالح الرباط. خلاصة.

مَطْلَبٌ فِي وَقْفِ المَنْقُولِ تَبَعاً لِلْعَقَارِ

قوله: (ولو وقف العقار) هو الأرض مبنية أو غير مبنية فتح. وفي القاموس: هو الضيعة، وهو المناسب لقوله: «ببقره الخ» نهر. قوله: (عبيده الحراثون) الأكرة: الحراثون، من أكرت الأرض حرثتها، واسم الفاعل أكار للمبالغة. مصباح. والمراد أنهم إذا كانوا عبيده صح وقفهم تبعاً للأرض، وكذا آلات الحراثة كما في البحر. قوله: (صح استحساناً الخ) فإنه قد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد معه، لأنه أجازه إفراد بعض المنقول بالوقف فالتبع أولى. قال في الإسعاف: ويدخل في وقف الأرض ما فيها من الشجر والبناء دون الزرع والثمرة كما في البيع، ويدخل أيضاً الشرب والطريق كالإجارة، ولو جعلها مقبرة وفيها أشجار عظام وأبنية لا تدخل؛ ولو زاد في وقف الأرض بحقوقها وبجميع ما فيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال: لا تدخل قياساً، وفي الاستحسان: يلزمه التصدق بها على وجه النذر لا الوقف. وذكر الناطفي إذا قال بحقوقها تدخل في الوقف، وهذا أولى خصوصاً إذا زاد بجميع ما فيها، ومنها: ولو وقف داراً بجميع ما فيها، وفيها حمامات يطرن أو بيتاً وفيه كورات عسل يدخل الحمام والنحل تبعاً للدار والعسل، كما لو وقف ضيعة وذكر ما فيها من العبيد والدواليب وآلات الحراثة اهـ. ملخصاً. وقوله: «وذكر ما فيها الخ» يفيد عدم الدخول بلا ذكره، وبه صرح في الفتح، وقد اختصر في البحر عبارة الإسعاف اختصاراً مخلاً.

مَطْلَبٌ: لَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي وَقْفِ العَقَارِ

تنبيه: لم يذكر المصنف لصحة الوقف اشتراط تحديد العقار، لأن الشرط كونه معلوماً، وقول الفتح: إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها اهـ. ظاهره اشتراط التحديد، ولا يخفى ما فيه، بل ذلك شرط لقبول الشهادة بوقفيتها، وتمامه في البحر. وقال في [أنفع الوسائل] بعدما قسم مسألة التحديد إلى سبع صور: وأما الصورة الثالثة: أي ما لو لم يحددها أصلاً وهم لا يعرفونها، فقال الخصاف: فيها الوقف باطل، إلا أن تكون مشهورة. وقال هلال: الشهادة باطلة، ولا شك أن الأول يحتاج إلى تأويل بمعنى أن الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره، ولا يجوز العمل بظاهره، لأن الوقف لا يشترط لصحته التحديد في نفس الأمر، ولا يجوز الحكم بإبطاله بمجرد قول الشهود لم يحددها لنا ولا نعرفها ولا هي مشهورة اهـ. ملخصاً. قوله: (وجاز وقف القن على مصالح الرباط) ظاهره جواز وقفه

ونفقته وجنايته في مال الوقف، ولو قتل عمداً لا قود فيه. بزازية. بل تجب قيمته فيشتري بها بدله (كما صح وقف (مشاع قضى بجوازه) لأنه مجتهد فيه،

استقلالاً، ويؤيده أنه ذكره في الفتح عن الخلاصة في مسائل وقف المنقول الذي جرى فيه التعامل، فكان ينبغي للشارح ذكره بعد قول المصنف، ومنقول فيه تعامل، لئلا يتوهم أن المراد أنه وقفه تبعاً للرباط كما توهمه في البحر حيث قال: وأما وقف العبيد تبعاً للمدرسة والرباط فسيأتي أنه جوزه بعض المشايخ اهـ. مع أنه فيما سيأتي إنما ذكر ما في الفتح عن الخلاصة. قوله: (ونفقته) أي وإن لم يشرطها الواقف. وفي الإسعاف: لو شرطها من الغلة ثم مرض بعضهم استحقها إن شرط إجراءها عليهم ما داموا أحياء، وإن قال لعملهم لا يجري شيء على من تعطل عن العمل، ولو باع العاجز واشترى بثمنه عبداً مكانه جاز اهـ. وقال في موضع آخر: وكذلك الدواليب والآلات يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أصلح للوقف. قوله: (وجنايته في مال الوقف) وعلى المتولي ما هو الأصلح من الدفع أو الفداء، ولو فداه بأكثر من أرش الجناية كان متطوعاً في الزائد فيضمنه من ماله، وإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعين ويبقى العبد على ما كان عليه من العمل. إسعاف. قوله: (لا قود فيه) لأن وجهه أن في القود ضرر الوقف بفوات البدل اهـ ح. والظاهر أن محل ما ذكر فيما إذا رضي القاتل بدفع البدل، أما إذا لم يرض إلا بتسليم نفسه للقصاص، فإنه لا يجبر لأن القصاص عندنا هو الأصل ط. قوله: (بل تجب قيمته) كما لو قتل خطأ ويشتري به المتولي عبداً ويصير وقفاً، كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ مولاه قيمته فإنه يشتري بها عبداً ويصير مدبراً، وقد صرح به في الذخيرة عن الخصاف. بحر.

مطلب في وقف المشاع المقضي به

قوله: (كما صح وقف مشاع قضى بجوازه) ويصير بالقضاء متفقاً عليه والخلاف في وقف المشاع مبني على اشتراط التسليم وعدمه، لأن القسمة من تمامه، فأبو يوسف أجازه لأنه لم يشترط التسليم، ومحمد لم يجزه لاشتراطه التسليم كما مر عند قوله: ويفرز، وقدمنا أن محل الخلاف فيما يقبل القسمة بخلاف ما لا يقبلها فيجوز اتفاقاً، إلا في المسجد والمقبرة، وقدمنا بعض فروع ذلك. قوله: (لأنه مجتهد فيه) أي يسوغ فيه الاجتهاد لعدم مخالفته لنص أو إجماع.

مطلب مهم

إذا حكم الحنفي بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد لم يكن حاكماً بخلاف مذهبه.

فللحنفي المقلد أن يحكم بصحة وقف المشاع وبطلانه لاختلاف الترجيح، وإذا كان في المسألة قولان مصححان جاز الإفتاء والقضاء بأحدهما. بحر ومصنف (ق)

قوله: (فللحنفي المقلد الخ) أفاد أن المراد بقوله: قضى بجوازه؛ ما يشمل قضاء الحنفي، وإنما خصه بالتفريع لئلا يتوهم أن المراد به من مذهب آخر، لأن إمام مذهبنا غير قائل به، لكن لما كان قول أصحابه غير خارج عن مذهبه صح حكم مقلده به، ولذا قال في الدرر من كتاب القضاء عند الكلام على قضاء القاضي: بخلاف مذهبه أن المراد به خلاف أصل المذهب كالحنفي إذا حكم على مذهب الشافعي، وأما إذا حكم الحنفي بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فليس حكماً بخلاف رأيه اهـ. فقد أفاد أن أقوال أصحاب الإمام غير خارجة عن مذهبه، فقد نقلوا عنهم أنهم ما قالوا قولاً إلا هو مروي عن الإمام كما أوضحت ذلك في شرح منظومتي في رسم المفتي.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي إِشْكَالِ وَقْفِ ٱلْمَنْقُولِ عَلَى ٱلنَّفْسِ

وبهذا يرتفع الإشكال المشهور الذي ذكره الإمام الطرسوسي في أنفع الوسائل والعلامة ابن الشلبي في فتاواه، وهو أن وقف الإنسان على نفسه أجازه أبو يوسف، ومنعه محمد كما سيأتي، ووقف المنقول كالبناء بدون أرض، والكتب والمصحف منعه أبو يوسف وأجازه محمد، فوقف المنقول على النفس لا يقول به واحد منهما، فيكون الحكم به ملفقاً من قولين، والحكم الملفق باطل بالإجماع كما مر أول الكتاب، وبه يندفع ما أجاب به الطرسوسي من أنه في منية المفتي أفاد جواز الحكم الملفق، وتمام ذلك مبسوط في كتابنا «تنقيح الحامدية» في الباب الأول من الوقف. قوله: (لاختلاف الترجيح) فإن كلا من قول أبي يوسف وقول محمد صحح بلفظ الفتوى كما مر.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي ٱلْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ مُصَحَّحَانِ

قوله: (قولان مصححان) أي وقد تساويا في لفظ التصحيح، وإلا فالأولى الأخذ بما هو آكد في التصحيح كما لو كان أحدهما بلفظ الصحيح والآخر بلفظ عليه الفتوى، فإن الثاني أقوى، وكذا لو كان أحدهما في المتون أو كان ظاهر الرواية أو كان عليه الأكثر أو كان هو الأرفق فإنه إذا صحح هو ومقابله كان الأخذ به أولى كما قدمناه في أول الكتاب. قوله: (بأحدهما) أي بأي واحد منهما أراد، لكن إذا قضى بأحدهما في حادثة ليس له القضاء فيها بالقول الآخر، نعم يقضي به في حادثة غيرها وكذا المفتي، وينبغي أن يكون مطمح نظره إلى ما هو الأرفق والأصلح، وهذا معنى قولهم: إن المفتي يفتي بما يقع عنده من المصلحة: أي المصلحة الدينية لا مصلحته الدنيوية.

كما صح أيضاً وقف كل (منقول) قصداً (فيه تعامل) للناس (كفأس وقدوم) بل (ودراهم ودنانير).

مَطْلَبٌ فِي وَقْفِ الْمَنْقُولِ قَصْداً

قوله: (كل منقول قصداً) أما تبعاً للعقار فهو جائز بلا خلاف عندهما كما مر لا خلاف في صحة وقف السلاح والكراع: أي الخيل للآثار المشهورة والخلاف فيما سوى ذلك، فعند أبي يوسف: لا يجوز، وعند محمد: يجوز ما فيه تعامل من المنقولات، واختاره أكثر فقهاء الأمصار كما في الهداية، وهو الصحيح كما في الإسعاف، وهو قول أكثر المشايخ كما في الظهيرية، لأن القياس قد يترك بالتعامل. ونقل في المجتبى عن السير جواز وقف المنقول مطلقاً عند محمد، وإذا جرى فيه التعامل عند أبي يوسف، وتمامه في البحر والمشهور الأول. قوله: (وقدوم) بفتح أوله وضم ثانيه مخففاً ومثقلاً.

مَطْلَبٌ فِي وَقْفِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ

قوله: (بل ودراهم ودنانير) عزاه في الخلاصة إلى الأنصاري وكان من أصحاب زفر، وعزاه في الخانية إلى زفر حيث قال: وعن زفر شرنبلالية. وقال المصنف في المنح: ولما جرى التعامل في زماننا في البلاد الرومية وغيرها في وقف الدراهم والدنانير دخلت تحت قول محمد المفتى به في وقف كل منقول فيه تعامل كما لا يخفى؛ فلا يحتاج على هذا إلى تخصيص القول بجواز وقفها بمذهب الإمام زفر من رواية الأنصاري والله تعالى أعلم، وقد أفتى مولانا صاحب البحر بجواز وقفها ولم يحك خلافاً اهـ. ما في المنح. قال الرملي: لكن في إلحاقها بمنقول فيه تعامل نظر، إذ هي مما ينتفع بها مع بقاء عينها على ملك الواقف، وإفتاء صاحب البحر بجواز وقفها بلا حكاية خلاف لا يدل على أنه داخل تحت قول محمد المفتى به في وقف منقول فيه تعامل، لاحتمال أنه اختار قول زفر وأفتى به، وما استدل به في المنح من مسألة البقرة الآتية ممنوع بما قلت إذ ينتفع بلبنها وسمنها مع بقاء عينها، لكن إذا حكم به حاكم ارتفع الخلاف اهـ. ملخصاً.

قلت: إن الدراهم لا تتعين بالتعيين، فهي وإن كانت لا ينتفع بها مع بقاء عينها لكن بدلها قائم مقامها لعدم تعينها فكأنها باقية، ولا شك في كونها من المنقول، فحيث جرى فيها تعامل دخلت فيما أجازه محمد ولهذا لما مثل محمد بأشياء جرى فيها التعامل في زمانه قال في الفتح: إن بعض المشايخ زادوا أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا جريان التعامل فيها، وذكر منها مسألة البقرة الآتية ومسألة الدراهم والمكيل حيث قال: ففي الخلاصة: وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء

قلت: بل ورد الأمر للقضاة بالحكم به كما في معروضات المفتي أبي السعود (ومكيل وموزون فيباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة، فعلى هذا لو وقف كراً على شرط أن يقرضه لمن لا بذر له ليزرعه لنفسه، فإذا أدرك أخذ مقداره، ثم أقرضه لغيره وهكذا جاز. خلاصة. وفيها: وقف بقرة على أن ما خرج من لبنها أو سمنها للفقراء إن اعتادوا ذلك رجوت أن يجوز (وقدر وجنازة) وثيابها ومصحف وكتب، لأن التعامل يترك به القياس

السبيل، قال: إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزاً، وعن الأنصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم، أو ما يكال أو ما يوزن: أيجوز ذلك؟ قال: نعم، قيل وكيف؟ قال: يدفع الدراهم مضاربة، ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه، وما يكال أو يوزن يباع ويدفع ثمنه لمضاربة أو بضاعة. قال: فعلى هذا القياس إذا وقف كراً من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبداً على هذا السبيل، يجب أن يكون جائزاً. قال: ومثل هذا كثير في الري وناحية دوماً وند اهـ. وبهذا ظهر صحة ما ذكره المصنف من إلحاقها بالمنقول المتعارف على قول محمد المفتى به، وإنما خصوها بالنقل عن زفر لأنها لم تكن متعارفة إذ ذاك، ولأنه هو الذي قال بها ابتداء. قال في النهر: ومقتضى ما مر عن محمد عدم جواز ذلك: أي وقف الحنطة في الأقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية؛ نعم وقف الدراهم والدنانير تعورف في الديار الرومية اهـ. قوله: (ومكيل) معطوف على قول المصنف: «ودراهم». قوله: (ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة) وكذا يفعل في وقف الدراهم والدنانير، وما خرج من الربح يتصدق به في جهة الوقف وهذا هو المراد في قول الفتح عن الخلاصة: ثم يتصدق بها، فهو على تقدير مضاف: أي بربحها، وعبارة الإسعاف. ثم يتصدق بالفضل. قوله: (فعلى هذا) أي القول بصحة وقف المكيل. قوله: (وجنازة) بالكسر النعش وثيابها ما يغطى به الميت وهو في النعش ط.

مطلب في التعامل والعرف

قوله: (لأن التعامل يترك به القياس) فإن القياس عدم صحة وقف المنقول، لأن من شرط الوقف التأبيد، والمنقول لا يدوم والتعامل كما في البحر عن التحرير، هو الأكثر استعمالاً وفي شرح البيري عن المبسوط أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص اهـ. وتمام تحقيق ذلك في رسالتنا المسماة [نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف] وظاهر ما مر في مسألة البقرة اعتبار العرف الحادث، فلا يلزم كونه من عهد الصحابة، وكذا هو ظاهر ما قدمناه آنفاً من زيادة بعض المشايخ أشياء جرى التعامل فيها، وعلى

لحديث «مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَناً فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»[1] بخلاف ما لا تعامل فيه كثياب ومتاع، وهذا قول محمد، وعليه الفتوى اختيار. وألحق في البحر السفينة بالمتاع. وفي البزازية: جاز وقف الأكسية على الفقراء فتدفع إليهم شتاء ثم يردونها بعده. وفي الدرر: وقف مصحفاً على أهل مسجد للقراءة إن يحصون

هذا فالظاهر اعتبار العرف في الموضع، أو زمان الذي اشتهر فيه دون غيره، فوقف الدراهم متعارف في بلاد الروم دون بلادنا، ووقف الفأس والقدوم كان متعارفاً في زمن المتقدمين ولم نسمع به في زماننا، فالظاهر أنه لا يصح الآن، ولئن وجد نادراً لا يعتبر لما علمت من أن التعامل هو الأكثر استعمالاً، فتأمل. قوله: (لحديث الخ) رواه أحمد في كتاب السنة، ووهم من عزاه للمسند من حديث أبي وائل عن ابن مسعود وهو موقوف حسن. وتمامه في حاشية الحموي عن المقاصد الحسنة للسخاوي. قوله: (ومتاع) ما يتمتع به فهو عطف عام على خاص، فيشمل ما يستعمل في البيت من أثاث المنزل كفراش وبساط وحصير لغير مسجد والأواني والقدور؛ نعم تعورف وقف الأواني من النحاس ونص المتقدمون على وقف الأواني والقدور المحتاج إليها في غسل الموتى. قوله: (وهذا) أي جواز وقف المنقول المتعارف. قوله: (وألحق في البحر السفينة بالمتاع) أي فلا يصح لكن قال شيخ مشايخنا السائحاني: إنهم تعاملوا وقفها فلا تردد في صحته اهـ. وكأنه حدث بعد صاحب البحر، وألحق في المنح وقف البناء بدون الأرض، وكذا وقف الأشجار بدونه لأنه منقول فيه تعامل، وتمامه في الدر المنتقى. وسيأتي عند قول المصنف: ابني على أرض الخ. قوله: (جاز وقف الأكسية الخ) قلت: وفي زماننا قد وقف بعض المتولين على المؤذنين الفراء شتاء ليلاً فينبغي الجواز سيما على ما مر عن الزاهدي فتدبر. شرح الملتقى: أي ما ذكره الزاهدي في المجتبى من جواز وقف المنقول مطلقاً عند محمد، ولا يخفى أن هذا في وقف نفس الأكسية، أما لو وقف عقاراً وشرط أن يشتري من ريعه أكسية للفقراء أو للمؤذنين فلا كلام فيه، كما أفاده ط.

مَطْلَبٌ: مَتَى ذَكَرَ لِلْوَقْفِ مَصْرِفاً لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ تَنْصِيصٌ عَلَى الحَاجَةِ

قوله: (إن يحصون جاز) هذا الشرط مبني على ما ذكره شمس الأئمة من الضابط، وهو أنه إذا ذكر للوقف مصرفاً لا بد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة حقيقة كالفقراء أو استعمالاً بين الناس كاليتامى والزمنى، لأن الغالب فيهم الفقر، فيصح للأغنياء والفقراء منهم إن كانوا يحصون، وإلا فلفقرائهم فقط، ومتى ذكر مصرفاً يستوي

---

(١) لا أصل له مرفوعاً.

جاز، وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه، ولا يكون محصوراً على هذا المسجد. وبه عرف حكم نقل كتب الأوقاف من محالها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون، فإن وقفها على مستحقي وقفه لم يجز نقلها وإن على طلبة العلم وجعل

فيه :لأغنياء والفقراء، فإن كانوا يحصون صح باعتبار أعيانهم، وإلا بطل. ويروى عن محمد أن ما لا يحصى عشرة، وعن أبي يوسف مائة، وهو المأخوذ به عند البعض، وقيل أربعون، وقيل ثمانون، والفتوى أنه مفوض إلى رأي الحاكم. إسعاف وبحر. قوله: (وإن وقف على المسجد جاز) ظاهره أنه لا يشترط فيه كون أهله من يحصون، لأن الوقف على المسجد لا على أهله كما هو المتبادر من المقابلة، ولعل وجهه أنه يصير كالتنصيص على التأبيد بمنزلة الوقف على عمارة مسجد معين فإنه يصح في المختار لتأبده مسجداً كما قدمناه عند قوله: «ويجعل آخره لجهة قربة». قوله: (ولا يكون محصوراً على هذا المسجد) هذا ذكر في الخلاصة بقوله: وفي موضع آخر ولا يكون الخ: أي وذكر في كتاب آخر فهو قول آخر مقابل لقوله: ويقرأ فيه، فإن ظاهره أنه يكون مقصوراً على ذلك المسجد، وهذا هو الظاهر حيث كان الواقف عين ذلك المسجد، فما فعله صاحب الدرر حيث نقل العبارة عن الخلاصة، وأسقط منها قوله: وفي موضع آخر غير مناسب لإيهامه أنه من تتمة ما قبله، إلا أن يكون قد فهم أن قوله: «ويقرأ فيه» محمول على الأولوية فيكون ما في موضع آخر غير مخالف له. تأمل. لكن في القنية: سبل مصحفاً في مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك المحلة للقراءة. قال في النهر: وهذا يوافق القول الأول لا ما ذكر في موضع آخر اهـ. فهذا يفيد أنهما قولان متغايران، خلافاً لما فهمه في الدرر وتبعه الشارح. قوله: (وبه عرف حكم الخ) الحكم هو ما بينه بعد بقوله: «فإن وقفها الخ» ط. قوله: (لم يجز نقلها) ولا سيما إذا كان الناقل ليس منهم. نهر. ومفاده أنه عين مكانها بأن بنى مدرسة وعين وضع الكتب فيها لانتفاع سكانها.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْوَقْفِ عَلَى طَلَبَةِ الْعِلْمِ

قوله: (وإن على طلبة العلم الخ) ظاهره صحة الوقف عليهم، لأن الغالب فيهم الفقر كما علم من الضابط المار آنفاً. وفي البحر قال شمس الأئمة: فعلى هذا إذا وقف على طلبة العلم في بلدة كذا يجوز، لأن الفقر غالب فيهم، فكان الاسم منبئاً عن الحاجة ثم ذكر الضابط المار.

قلت: ومقتضاه أنهم إذا كانوا لا يحصون يختص بفقرائهم، فعلى هذا وقف المصحف في المسجد والكتب في المدارس لا يحل لغير فقير، وهو خلاف المتبادر من عبارة الخلاصة والقنية في المصحف. وقد يقال: إن هذا مما يستوي في الانتفاع به

مقرّها في خزانته التي في مكان كذا ففي جواز النقل تردد. نهر (ويبدأ من غلته بعمارته)

الغني والفقير كما سيأتي من أن الوقف على ثلاثة أوجه: منها؛ ما يستوي فيه الفريقان كرباط وخان ومقابر وسقاية، وعلله في الهداية بأن أهل العرف يريدون فيه التسوية بينهم، ولأن الحاجة عامة، وهنا كذلك فإن واقف الكتب يقصد نفع الفريقين، ولأنه ليس كل غني يجد كل كتاب يريده خصوصاً وقت الحاجة إليه.

مَطْلَبٌ فِي نَقْلِ كُتُبِ الْوَقْفِ مِنْ مَحَلِّهَا

قوله: (ففي جواز النقل تردد) الذي تحصل من كلامه أنه إذا وقف كتباً وعين موضعها فإن وقفها على أهل ذلك الموضع، لم يجز نقلها منه لا لهم ولا لغيرهم، وظاهره أنه لا يحل لغيرهم الانتفاع بها وإن وقفها على طلبة العلم، فلكل طالب الانتفاع بها في محلها، وأما نقلها منه ففيه تردد ناشئ مما قدمه عن الخلاصة من حكاية القولين، من أنه لو وقف المصحف على المسجد: أي بلا تعيين أهله قيل يقرأ فيه: أي يختص بأهله المترددين إليه؛ وقيل: لا يختص به أي فيجوز نقله إلى غيره، وقد علمت تقوية القول الأول بما مر عن القنية وبقي ما لو عمم الواقف بأن وقفه على طلبة العلم لكنه شرط أن لا يخرج من المسجد أو المدرسة كما هو العادة، وقدمنا عند قوله: «ولا يرهن» عن الأشباه أنه لو شرط أن لا يخرج إلا برهن لا يبعد وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوي تبعاً لما قاله السبكي، ويؤيده ما قدمناه قبيل قوله: «والملك يزول» عن الفتح من قوله: «إن شرائط الوقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع» وهو مالك، فله أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية، وله أن يخص صنفاً من الفقراء، وكذا سيأتي في فروع الفصل الأول أن قولهم شرط الواقف كنص الشارع: أي في المفهوم والدلالة، ووجوب العمل به.

قلت: لكن لا يخفى أن هذا إذا علم أن الواقف نفسه شرط ذلك حقيقة، أما مجرد كتابة ذلك على ظهر الكتب كما هو العادة فلا يثبت به الشرط، وقد أخبرني بعض قوّام مدرسة أن واقفها كتب ذلك ليجعل حيلة لمنع إعارة من يخشى منه الضياع، والله سبحانه أعلم.

مَطْلَبٌ: يَبْدَأُ مِنْ غَلَّةِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ

قوله: (ويبدأ من غلته بعمارته) أي قبل الصرف إلى المستحقين. قال القهستاني: العمارة بالكسر مصدر أو اسم، ما يعمر به المكان، فإنه يصرف إلى الموقوف عليه حتى يبقى على ما كان عليه دون الزيادة إن لم يشترط ذلك، كما في الزاهدي وغيره، فلو كان الوقف شجراً يخاف هلاكه كان له أن يشتري من غلته فصيلاً فيغرزه، لأن الشجر

ثم ما هو أقرب لعمارته كإمام مسجد ومدرس مدرسة يعطون

يفسد على امتداد الزمان، وكذا إذا كانت الأرض سبخة لا ينبت فيها شيء كان له أن يصلحها كما في المحيط اهـ.

مَطْلَبٌ: دَفْعُ الْمَرْصَدِ مُقَدَّمٌ عَلَى الدَّفْعِ لِلْمُسْتَحِقِّينَ

ومثله في الخانية وغيرها. ويدخل في ذلك دفع المرصد الذي على الدار، فإنه مقدم على الدفع للمستحقين كما في فتاوى تلميذ الشارح المرحوم الشيخ إسماعيل، وهذه فائدة جليلة قل من تنبه لها، فإن المرصدين على الوقف لضرورة تعميره، فإذا وجد في الوقف مال ولو في كل سنة شيء حتى تتخلص رقبة الوقف ويصير يؤجر بأجرة مثله لزم الناظر ذلك، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

مَطْلَبٌ: يَجُوزُ التَّعْمِيرُ مِنَ الْغَلَّةِ إِنْ لَمْ يَكُنِ الْخَرَابُ بِصُنْعِ أَحَدٍ

وذكر في البحر أن كون التعمير من غلة الوقف إذا لم يكن الخراب بصنع أحد، ولذا قال في الولوالجية: رجل آجر دار الوقف فجعل المستأجر رواقها مربطاً للدواب وخربها يضمن لأنه فعل بغير إذن اهـ.

مَطْلَبٌ: عِمَارَةُ الْوَقْفِ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ

تنبيه: لو كان الوقف على معين فالعمارة في ماله كما سيأتي بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، فإن خرب يبني كذلك، ولا تجوز الزيادة بلا رضاه، ولو كان على الفقراء فكذلك، وعند البعض تجوز، والأول أصح. هداية ملخصاً. وبه علم أن عمارة الوقف زيادة على ما في زمن الواقف لا تجوز بلا رضا المستحقين، وظاهر قوله: «بقدر ما يبقى الخ» منع البياض والحمرة[1] على الحيطان من مال الوقف إن لم يكن فعله الواقف، وإن فعله فلا منع. بحر.

مَطْلَبٌ: يَبْدَأُ بَعْدَ الْعِمَارَةِ بِمَا هُوَ أَقْرَبُ إِلَيْهَا

قوله: (**ثم ما هو أقرب لعمارته الخ**) أي فإن انتهت عمارته وفضل من الغلة شيء يبدأ بما هو أقرب للعمارة، وهو عمارته المعنوية التي هي قيام شعائره. قال في الحاوي القدسي: والذي يبدأ به من ارتفاع الوقف: أي من غلته عمارته شرط الواقف أولاً. ثم ما هو أقرب إلى العمارة وأعم للمصلحة كالإمام للمسجد، والمدرس للمدرسة يصرف إليهم إلى قدر كفايتهم، ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح هذا إذا لم يكن معيناً، فإن كان الوقف معيناً على شيء يصرف إليه بعد عمارة البناء اهـ. قال في البحر: والسراج بالكسر: القناديل، ومراده مع زيتها، والبساط بالكسر أيضاً:

(١) في ط (قوله منع البياض والحمرة الخ) قال شيخنا وقد رأيت تقييد ذلك بما إذا لم يورث البياض والحمرة زيادة في الأجرة فإن كان كذلك فلا منع ثم قال. وهو تقييد حسن ويظهر أن الزيادة في أمكنه كذلك

بقدر كفايتهم ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح، وتمامه في البحر (وإن لم يشترط الوقف) لثبوته اقتضاء

الحصير، ويلحق بهما معلوم خادمهما وهو الوقاد والفراش فيقدمان، وقوله إلى آخر المصالح: أي مصالح المسجد يدخل فيه المؤذن والناظر، ويدخل تحت الإمام الخطيب لأنه إمام الجامع اهـ ملخصاً. ثم لا يخفى أن تعبير الحاوي بثم يفيد تقديم العمارة على الجميع كما هو إطلاق المتون فيصرف إليهم الفاضل عنها خلافاً لما يوهمه كلام البحر؛ نعم كلام الفتح الآتي يفيد المشاركة ويأتي بيانه، فافهم. قوله: (بقدر كفايتهم) أي لا بقدر استحقاقهم المشروط لهم والظاهر أن قول الحاوي: هذا إذا لم يكن معيناً الخ، راجع إليه كما فهمه في شرح الملتقى، وقال: إن فرض المسألة فيما إذا كان الوقف على جملة المستحقين بلا تعيين قدر لكل، فلو به فلا ينبغي جعل الحكم كذلك اهـ: أي بل يصرف إلى كل منهم القدر الذي عينه الواقف، ثم قال في شرح الملتقى: ويمكن أن يقال: لا فرق بين التعيين وعدمه، لأن الصرف إلى ما هو قريب من العمارة كالعمارة وهي مقدمة مطلقاً، ويقوّيه تجويزهم مخالفة شرط الواقف في سبعة مسائل منها: الإمام لو شرط له ما لا يكفيه يخالف شرطه اهـ.

قلت: وهذا مأخوذ من البحر حيث قال: والتسوية بالعمارة تقتضي تقديمهما: أي الإمام والمدرس عند شرط الواقف إنه إذا ضاق ريع الوقف قسم الريع عليهم بالحصة، وإن هذا الشرط لا يعتبر اهـ.

والحاصل: أن الوجه يقتضي أن ما كان قريباً من العمارة يلحق بها في التقديم على بقية المستحقين، وإن شرط الواقف قسمة الريع على الجميع بالحصة أو جعل لكل قدراً وكان ما قدره للإمام ونحوه لا يكفيه فيعطى قدر الكفاية لئلا يلزم تعطيل المسجد، فيقدم أولاً العمارة الضرورية ثم الأهم فالأهم من المصالح والشعائر بقدر ما يقوم به الحال، فإن فضل شيء يعطى لبقية المستحقين، إذ لا شك أن مراد الواقف انتظام حال مسجده أو مدرسته لا مجرد انتفاع أهل الوقف، وإن لزم تعطيله خلافاً لما يوهمه كلام الحاوي المذكور، ولكن يمكن إرجاع الإشارة في قول الحاوي: هذا إذا لم يكن معيناً الخ إلى صدر عبارته: يعني أن الصرف إلى ما هو أقرب إلى العمارة كالإمام ونحوه إنما هو فيما إذا لم يكن الوقف معيناً على جماعة معلومين كالمسجد والمدرسة، أما لو كان معيناً كالدار الموقوفة على الذرية أو الفقراء فإنه بعد العمارة يصرف الريع إلى من عينه الواقف بلا تقديم لأحد على أحد، فاغتنم هذا التحرير. قوله: (كذلك) أي بقدر الكفاية لا بقدر الشرط، وأما قوله الآتي: فيعطوا المشروط وقوله فلهم أجرة عملهم، فيأتي الكلام فيه. قوله: (لثبوته اقتضاء) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً

وتقطع الجهات للعمارة إن لم يخف ضرر بين. فتح. فإن خيف كإمام وخطيب وفراش قدموا فيعطى المشروط لهم،

ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء. بحر. ومثلها ما هو قريب منها كما قررناه آنفاً.

مطلب في قطع الجهات لأجل العمارة

قوله: (وتقطع الجهات) أي تمنع من الصرف إليها، وعبارة الفتح: ثم تقطع الجهات الموقوف عليها للعمارة إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم اهـ. أي إن لم يخف بقطعه ضرر بين كإمام ونحوه يقدم: أي على بقية المستحقين ممن ليس في قطعهم ضرر بين لا على العمارة، فافهم، إلا أن يكون المراد العمارة الغير الضرورية، فإن الإمام يقدم عليها ويحتمل أن المراد من قوله: «قدم» أنه لا يقطع بقرينة صدر العبارة، لكن يصير مفاده أن من في قطعه ضرر بين يساوي العمارة فيصرف أولاً إليها وإليه، وهو خلاف المفاد من التعبير بثم في عبارة الحاوي كما مر، إلا أن يراد بثم معنى الواو كما هو مفاد كلام البحر، أو يراد بالعمارة فيما مر الضرورية كرفع سقف أو جدار فيصرف الريع إليها أولاً كما هو مفاد المتون، ثم الفاضل إلى الجهات الضرورية الأهم فالأهم دون غيرها كالشاهد والجابي وخازن الكتب ونحوهم، ويراد بما في الفتح العمارة الغير الضرورية فتقدم الجهات الضرورية عليها أو تشاركها إذا كان الريع يكفي كلاً منهما، ثم لا يخفى أنه لو احتيج قطع الكل للعمارة الضرورية قدمت على جميع الجهات، إذ ليس من الضرر خراب المسجد لأجل إمام ومؤذن.

فالحاصل: أن الترتيب المستفاد من عبارة الحاوي بالنظر إلى تقديم العمارة الضرورية على جميع الجهات، والمشاركة المفادة من عبارة الفتح بالنظر إلى غير الضرورية، أو إذا كان في الريع زيادة على الضرورية، ثم رأيت في حاشية الأشباه التصريح بحمل ما في الحاوي على ما قلنا. قوله: (فيعطى المشروط لهم) برفع المشروط نائب فاعل يعطى، وفي بعض النسخ «فيعطوا» بالجزم بحذف النون عطفاً على قدموا ونصب المشروط مفعول ثان. واعترض بأن ما ذكره تابع فيه النهر وهو خلاف ما مر من أنهم يعطون بقدر كفايتهم، وخلاف ما في البحر من أخذ قدر الأجرة.

قلت: لا يخفى عليك أن قول الفتح السابق ثم تقطع الجهات إلخ معناه: أن من يخاف بقطعه ضرر بين لا يقطع معلومه المشروط له بل يقدم ويأخذه، بخلاف غيره من المستحقين كالناظر والشاد والمباشر ونحو ذلك فإنه يقطع ولا يعطى شيئاً: أي إلا إذا عمل زمن العمارة، فله قدر أجرته فقط لا المشروط، فإنه في الفتح قال بعد قوله: «قدم»: وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين، فإذا قطعوا

للعمارة فقط إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لا يأخذ شيئاً اهـ. ولهذا قال في النهر: وأفاد في البحر أن ما يخاف بقطعه الضرر البين كالإمام والخطيب، فيعطيان المشروط لهما، أما المباشر والشاد إذا عملا زمن العمارة فإنما يستحقان بقدر أجرة عملهما لا المشروط اهـ. لكن الظاهر أن قوله: «وأفاد في البحر» سبق قلم، وصوابه «وأفاد في الفتح» لأن ما ذكره هو مفاد كلام الفتح كما علمته، وأما ما في البحر فإنه خلاف هذا لأنه بعد ما ذكر كلام الفتح قال: فظاهره أن من عمل من المستحقين زمن العمارة يأخذ قدر أجرته، لكن إذا كان مما لا يمكن ترك عمله إلا بضرر بين كالإمام والخطيب، ولا يراعي المعلوم المشروط زمن العمارة، فعلى هذا إذا عمل المباشر والشاد زمن العمارة يعطيان بقدر أجرة عملهما فقط، وأما ما ليس في قطعه ضرر بين فإنه لا يعطي شيئاً أصلاً زمن العمارة اهـ.

وأنت خبير بأن ما نسبه إلى ظاهر الفتح خلاف الظاهر، فإن ظاهر الفتح أن من لا يقطع يعطى المشروط لا الأجر، ومن يقطع وهو من ليس في قطعه ضرر بين لا يعطى، ثم ذكر أن الناظر ممن يقطع، وأنه إذا عمل فله قدر أجرته: أي لا ما شرطه له الواقف، فأفاد أن من يقطع كالناظر لا يعطى شيئاً إلا إذا عمل، وهذا كله كما ترى مخالف لما فهمه في البحر، من أن من لا يقطع كالإمام له الأجر إذا عمل، ومن يقطع لا يعطى شيئاً أصلاً: أي لا أجراً ولا مشروطاً وإن عمل؛ وفيه أيضاً أنه جعل للشاد والمباشر أجرة إذا عملا ومقتضاه أنهما من الشعائر التي لا تقطع، وهو خلاف ما صرح به نفسه بعد نحو ثلاث أوراق؛ نعم هو موافق لما بحثه في الأشباه من أنه ينبغي أن يلحق بهؤلاء: يعني الإمام والمدرس والخطيب والمؤذن والميقاتي والناظر؛ وكذا الشاد والكاتب والجابي زمن العمارة اهـ. لكن رد في النهر ما في الأشباه بأنه مخالف لصريح كلامهم كما مر، بل الناظر وغيره إذا عمل زمن العمارة، كان له أجر مثله كما جرى عليه في البحر وهو الحق اهـ. ومراده بما جرى عليه في البحر، ما نقله عن الفتح، ومراده بقوله: بل الناظر وغيره: أي من ليس في قطعه ضرر بين، ووجه مخالفته للمنقول أن هؤلاء لهم أجرة عملهم إذا عملوا زمن العمارة، فإلحاقهم بالإمام وأخويه يقتضي أن لهم المشروط، وليس كذلك كما دل عليه كلام الفتح، وبه ظهر خلل ما في البحر وصحة ما ذكره الشارح تبعاً للنهر خلافاً لمن نسبهما إلى عدم الفهم، فافهم. نعم في عبارة البحر والنهر خلل من وجه آخر، وهو أن كلامهما مبني على أن المراد بالعمل في عبارة الفتح عمله في وظيفته، وهو بعيد لأنه إذا عمل في وظيفته وأعطي قدر أجرته لم يقطع، بل صدق عليه أنه قدم كغيره ممن في قطعه ضرر كالإمام، وهذا خلاف ما مر من

تقديم الأهم فالأهم. وأيضاً من لم يعمل عمله المشروط لا يعطى شيئاً أصلاً ولو كان في قطعه ضرر، فلا فرق بينه وبين غيره، فيتعين حمل العمل في كلام الفتح على العمل في التعمير، وعبارة الفتح صريحة في ذلك فإنه قال: إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته اهـ. لكن هو مقيد بما إذا عمل بأمر القاضي لما في جامع الفصولين: لو عمل المتولي في الوقف بأجر جاز، ويفتي بعدمه إذ لا يصلح مؤجراً ومستأجراً، وصح لو أمره الحاكم أن يعمل فيه اهـ. وعليه فما في القنية: إذا عمل القيم في عمارة المسجد والوقف كعمل الأجير لا يستحق أجراً محمول على ما إذا كان بلا أمر الحاكم، والظاهر أن الناظر غير قيد، بل كل من عمل في التعمير من المستحقين له أجرة عمله؛ وإنما نصوا على الناظر لأنه لا يصلح مؤجراً ومستأجراً: أو مستأجراً لنفسه، فإذا كان بأمر الحاكم كان الحاكم هو المستأجر له، بخلاف غيره من المستحقين فإن المستأجر له هو الناظر، فلا شبهة في استحقاقه الأجرة كالأجنبي.

وحيث حملنا كلام الفتح على ما قلنا صار حاصله: أن من في قطعه ضرر بين لا يقطع زمن التعمير: أي بل يبقى على ما شرط له الواقف، وأما غيره فيقطع ولا يعطى شيئاً أصلاً وإن عمل في وظيفته. نعم يعطى لكل أجرة عمله إذا عمل في العمارة ولو هو الناظر لكن لو بأمر الحاكم، وبهذا التقرير سقط ما قدمناه عن النهر في الرد على الأشباه إذ لا أجرة على العمل في غير التعمير. ثم الظاهر أن المراد بالمشروط ما يكفيه، لأن المشروط له من الواقف لو كان دون كفايته وكان لا يقوم بعمله إلا بما يرد عليه، ويؤيده ما سيأتي في فروع الفصل الأول أن للقاضي الزيادة على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه، وكذا الخطيب.

قلت: بل الظاهر أن كل من في قطعه ضرر بين فهو كذلك، لأنه في حكم العمارة، فهو مثل ما لو زادت أجرة الأجير في التعمير، وأما لو كان المشروط له أكثر من قدر الكفاية فلا يعطى إلا الكفاية في زمن التعمير لأنه لا ضرورة إلى دفع الزائد المؤدي إلى قطع غيره فيصرف الزائد إلى من يليه من المستحقين، وعلى هذا يحصل التوفيق بين ما مر عن الحاوي من أنهم يعطون بقدر كفايتهم، وبين ما سبق من الفتح من أنهم يعطون المشروط.

والحاصل مما تقرر وتحرر أنه يبدأ بالتعمير الضروري، حتى لو استغرق جميع الغلة صرفت كلها إليه ولا يعطى أحد ولو إماماً أو مؤذناً، فإن فضل عن التعمير شيء يعطى ما كان أقرب إليه مما في قطعه ضرر بين، وكذا لو كان التعمير غير ضروري بأن كان لا يؤدي تركه إلى خراب العين، لو أخر إلى غلة السنة القابلة فيقدم الأهم فالأهم، ثم من

وأما الناظر والكاتب والجابي، فإن عملوا زمن العمارة، فلهم أجرة عملهم لا المشروط. بحر. قال في النهر: وهو الحق خلافاً لما في الأشباه. وفيها عن الذخيرة: لو صرف الناظر لهم مع الحاجة إلى التعمير ضمن، وهل يرجع عليهم؟ الظاهر لا لتعديه بالدفع، وما قطع للعمارة يسقط رأساً. وفيها لو شرط الواقف تقديم العمارة ثم الفاضل للفقراء أو للمستحقين لزم الناظر إمساك قدر العمارة كل

لا يعطى بعض المشروط له إذا كان قدر كفايته، وإلا يزاد أو ينقص؛ ومن لم يكن في عطائه ضرر بين قدمت العمارة عليه، وإن أمكن تأخيرها إلى غلة العام القابل كما هو مقتضى إطلاق المتون ولا يعطى شيئاً أصلاً فإنه يأثم وظيفته ما دام الوقف محتاجاً إلى التعمير، وكل من عمل من المستحقين في العمارة فله أجرة عمله لا المشروط ولا قدر الكفاية. فهذا غاية ما ظهر لي في تحرير هذا المقام الذي زلت فيه أقدام الأفهام. قوله (وأما الناظر والكاتب الخ) قد علمت ما في هذا الكلام وما دعاه في النهر أنه الحق خلافاً لما في الأشباه بما حررناه آنفاً. قوله: (ضمن) هذا إذا كان في تأخير التعمير خراب عين الوقف، وإلا فيجوز الصرف للمستحقين، وتأخير العمارة للغلة الثانية إذا لم يكن فيه ضرر بين، فإنه حينئذ قدم كما في الجواهر عن البحر. در منتقى. قوله: (الظاهر لا) قياساً على مودع الابن إذا أنفق على الأبوين بلا إذنه ولا إذن القاضي فإنه يضمن بلا رجوع عليهما، لأنه بالضمان تبين أنه دفع مال نفسه وأنه متبرع. بحر. وفيه نظر بل له الرجوع(1) ما دام المدفوع قائماً لو هلك لأنه هبة. نهر.

أقول: لا وجه لجعله هبة، بل هو دفع مال يستحقه غير المدفوع إليه على ظن أنه يستحقه المدفوع إليه فينبغي الرجوع قائماً أو مستهلكاً كدفع الدين المظنون، بخلاف مودع الابن فإنه مأمور بالحفظ. رملي ملخصاً، ونحوه في شرح المقدسي، ونقل ط نحوه عن الحموي. والحاصل أن الظاهر الرجوع مطلقاً لا عدمه مطلقاً ولا التفصيل. قوله: (وما قطع الخ) في الأشباه: إذا حصل تعمير الوقف في سنة وقطع معلوم المستحقين كله، أو بعضه فما قطع لا يبقى ديناً لهم على الوقف، إذ لا حق لهم في الغلة زمن التعمير، وفائدته لو جاءت الغلة في السنة الثانية وفاض شيء بعد صرف معلومهم هذه السنة لا يعطيهم الفاضل عوضاً عما قطع عنهم. قوله: (قدر العمارة) أي

(1) قوله: (بل له الرجوع) مقتضى هذا أن تجوز [illegible] المقابل [illegible] مع أن [illegible] الفقهاء [illegible] رجوع المودع [illegible] عدم الرجوع [illegible] ثم قال: ويظهر لي أن مسألة [illegible] لأن [illegible] الابن المودع [illegible] الأبوين [illegible] بالهبة.

سنة وإن لم يحتجه الآن لجواز أن يحدث حدث ولا غلة، بخلاف ما إذا لم يشترطه فليحفظ الفرق بين الشرط وعدمه. وفي الوهبانية: لو زاد المتولي دانقاً على أجر المثل ضمن الكل، لوقوع الإجارة له. وفي شرحها للشرنبلالي عند قوله: [الطويل]

وَيَدْخُلُ فِي وَقْفِ الْمَصَالِحِ قَيِّمٌ إِمَامٌ خَطِيبٌ وَالْمُؤَذِّنُ يَعْبُرُ

الشعائر التي تقدم شرط أم لم يشرط بعد العمارة هي إمام وخطيب ومدرس ووقاد وفراش ومؤذن وناظر، وثمن زيت وقناديل وحصر وماء وضوء وكلفة نقله للميضأة، فليس مباشر وشاهد وشاد وجاب وخازن كتب من الشعائر، فتقديمهم

القدر الذي يغلب على ظنه الحاجة إليه. حموي. ويصرف الزيادة على ما شرط الواقف. أشباه. قوله: (ولا غلة) أي والحال أنه لا غلة للأرض حين يحدث حدث. قوله: (فليحفظ الفرق الخ) قال في الأشباه: فيفرق بين اشتراط تقديم العمارة كل سنة والسكوت عنه فإنه مع السكوت تقدم العمارة عند الحاجة إليها ولا يدخر لها عند عدم الحاجة إليها، ومع الاشتراط تقدم عند الحاجة ويدخر لها عند عدمها ثم يفرق الباقي، لأن الواقف إنما جعل الفاضل عنها للفقراء اهـ. قوله: (لو زاد المتولي دانقاً) صورته: استأجر المتولي رجلاً في عمارة المسجد بدرهم ودانق، وأجرة مثله درهم ضمن جميع الأجرة من ماله لأنه زاد في الأجر أكثر مما يتغابن فيه الناس، فيصير مستأجراً لنفسه، فإذا نقض الأجر من مال المسجد كان ضامناً. بحر عن الخانية. والدانق سدس الدرهم، والمدار على ما لا يتغابن فيه: أي ما لا يقبل الناس الغبن فيه إذ ما دونه يسير لا يمكن الاحتراز عنه. قوله: (وفي شرحها) خبر مقدم وجملة قوله: (الشعائر الخ) قصد بها لفظها مبتدأ مؤخر. قوله: (في وقف المصالح) أي فيما لو وقف على مصالح المسجد. قوله: (يعبر) من العبور بمعنى الدخول. قوله: (التي تقدم) أي على بقية المستحقين بعد العمارة الضرورية. قوله: (إمام وخطيب الخ) ظاهره أن جميع من ذكر يكون في قطعه ضرر بين، وخصه في النهر بالخطيب فقط بشرط أن يتحد في البلد كمكة والمدينة، ولم يوجد من يخطب حسبة بإذن الإمام اهـ. وفيه نظر كما في الحموي. قوله: (مباشر) انظر ما المراد به. قوله: (وشاهد) قيل المراد به كاتب الغيبة المعروف بالقطجي يعرف أهل الشام. قوله: (وشاد) هو الملازم للمسجد مثلاً لتفقد حاله من تنظيف ونحوه ط. وقيل هو المسمى بالدعجي.

قلت: ويؤيده ما في القاموس الإشادة رفع الصوت بالشيء، وتعريف الضالة

في دفتر المحاسبات ليس بشرعي، ويقع الاشتباه في بوّاب ومزملاتي. قاله في البحر.

قلت: ولا تردد في تقديم بوّاب ومزملاتي وخادم مطهرة انتهى.

قلت: إنما يكون المدرس من الشعائر لو مدرس المدرسة كما مر، أما مدرس الجامع فلا لأنه لا يتعطل لغيبته، بخلاف المدرسة حيث تقفل أصلاً. وهل يأخذ أيام البطالة كعيد ورمضان؟ لم أره، وينبغي إلحاقه ببطالة القاضي.

والإملاء والشهادة للعمارة بالأولى وذلك الكاتب. اهـ ح. قوله: (ومزملاتي) هو الشاوي بعرف أهل الشام. در منتقى. وقيل هو في عرف أهل مصر من ينقل الماء من الصهريج إلى الجرار. وفي القاموس: مزملة كمعظمة: التي يبرد فيها الماء. قوله: (قاله في البحر) أي قال ما مر من قوله: الشعائر إلى هنا. قوله: (قلت ولا تردد) ردّ على قول البحر: ويقع الاشتباه الخ قوله. (انتهى) أي كلام الشرنبلالي في شرح الوهبانية. قوله: (لو مدرس المدرسة) ولا يكون مدرسها من الشعائر إلا إذا لازم التدريس على حكم الشرط، أما مدرسو زماننا فلا أشباه، ولو أنكر الناظر ملازمة المدرس فالقول للمدرس بيمينه، وكذا لورثته لقيامهم مقامه، وكذا كل ذي وظيفة وتمامه في حاشية الرملي عند قول البحر: السادسة.

مَطْلَبٌ فِيمَنْ لَمْ يُدَرِّسْ لِعَدَمِ وُجُودِ ٱلطَّلَبَةِ

وفي الحموي سئل المصنف عمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة، فهل يستحق المعلوم؟ أجاب: إن فرغ نفسه للتدريس بأن حضر المدرسة المعينة لتدريسه استحق المعلوم، لإمكان التدريس لغير الطلبة المشروطين قال في شرح المنظومة: المقصود من المدرس يقوم بغير الطلبة، بخلاف الطالب فإن المقصود لا يقوم بغيره اهـ. وسيأتي قبيل الفروع أنه لو درس في غيرها لتعذره فيها ينبغي أن يستحق العلوفة، وفي فتاوى الحانوتي: يستحق المعلوم عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظراً أو غيره كالجابي.

مَطْلَبٌ فِي ٱسْتِحْقَاقِ ٱلْقَاضِي وَٱلْمُدَرِّسِ ٱلْوَظِيفَةَ فِي يَوْمِ ٱلْبَطَالَةِ

قوله: (وينبغي إلحاقه ببطالة القاضي الخ) قال في الأشباه: وقد اختلفوا في أخذ القاضي ما رتب له في بيت المال في يوم بطالته، فقال في المحيط: إنه يأخذ لأنه يستريح لليوم الثاني، وقيل لا اهـ. وفي المنية: القاضي يستحق الكفاية من بيت المال في يوم البطالة في الأصح، وفي الوهبانية أنه أظهر فينبغي أن يكون كذلك في المدرس، لأن يوم البطالة للاستراحة، وفي الحقيقة تكون للمطالعة والتحرير عند ذوي

واختلفوا فيها، والأصح أنه يأخذ، لأنها للاستراحة أشباه من قاعدة العادة محكمة، وسيجيء ما لو غاب، فليحفظ (ولو) كان الموقوف (داراً فعمارته على من له السكنى) ولو متعدداً من ماله

المهمة، ولكن تعارف الفقهاء في زماننا بطالة طويلة أدت إلى أن صار الغالب البطالة وأيام التدريس قليلة اهـ. ورده البيري بما في القنية إن كان الواقف قدر للدرس لكل يوم مبلغاً فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء لا يحل له أن يأخذ ويصرف أجر هذين اليومين إلى مصارف المدرسة من العرمة وغيرها، بخلاف ما إذا لم يقدر لكل يوم مبلغاً، فإنه يحل له الأخذ وإن لم يدرس فيهما للعرف، بخلاف غيرهما من أيام الأسبوع حيث لا يحل له أخذ الأجر عن يوم لم يدرس فيه مطلقاً سواء قدر له أجر كل يوم أو لا اهـ ط.

قلت: هذا ظاهر فيما إذا قدر لكل يوم درس فيه مبلغاً، أما لو قال يعطى المدرس كل يوم كذا فينبغي أن يعطى ليوم البطالة المتعارفة بقرينة ما ذكره في مقابله من البناء على العرف، فحيث كانت البطالة معروفة في يوم الثلاثاء والجمعة وفي رمضان والعيدين يحل الأخذ، وكذا لو بطل في يوم غير معتاد لتحرير درس إلا إذا نص الواقف على تقييد الدفع باليوم الذي يدرس فيه كما قلنا. وفي الفصل الثامن عشر من التاترخانية قال الفقيه أبو الليث: ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم في يوم لا درس فيه أرجو أن يكون جائزاً. وفي الحاوي: إذا كان مشتغلاً بالكتابة والتدريس اهـ. قوله: (وسيجيء) أي عن نظم الوهبانية بعد قوله: ومات المؤذن والإمام. قوله: (على من له السكنى) أي على من يستحقها، ومفاده أنه لو كان بعض المستحقين غير ساكن فيها يلزمه التعمير مع الساكنين، لأن تركه لحقه لا يسقط حق الوقف فيعمر معهم وإلا تؤجر حصته كما يأتي. قوله: (من ماله) فإذا رم حيطانها بالآجر، أو أدخل فيها جذعاً ثم مات ولا يمكن نزع ذلك فليس للورثة نزعه، بل يقال لمن له السكنى بعده: اضمن لورثته قيمة البناء، فإن أبى أو جرت الدار وصرفت الغلة إليهم بقدر قيمة البناء، ثم أعيدت السكنى إلى من له السكنى، وليس له أن يرضى بالهدم والقلع، وإن كان ما رمّ الأول مثل تجصيص الحيطان، وتطيين السطوح وشبه ذلك ثم يرجع الورثة بشيء. بحر عن الظهيرية: أي لأن ما لا يمكن أخذ عينه، فهو في حكم الهالك، بخلاف الأجر والجذع، ولو بنى الأول ما يمكن رفعه بلا ضرر أمر الورثة برفعه، وليس للثاني تملكه بلا رضاهم كما في الإسعاف. وفي البحر عن القنية: لو بنى واحد من الموقوف عليهم بعض الدار وطين البعض وجصص البعض وبسط فيه الآجر فطلب الآخر حصته ليسكن فيها فمنعه حتى يدفع حصة ما أنفق ليس له ذلك، والطين والجص صارا تبعاً للوقف، وله نقض الآجر إن لم يضر.

لا من الغلة إذ الغرم بالغنم. درر (ولم يزد في الأصح) بمعنى إنما تجب العمارة عليه بقدر الصفة التي وقفها الواقف (ولو أبى) من له السكنى (أو عجز) لفقره (عمر الحاكم) أي آجرها الحاكم منه أو من غيره وعمرها (بأجرتها) كعمارة لواقف، ولم يزد في الأصح إلا برضا من له السكنى. زيلعي. ولا يجبر الآبي على العمارة، (ولا تصح إجارة من له السكنى

مطلبٌ في عمارة من له السكنى

قوله: (لا من الغلة) لأن من له السكنى لا يملك الاستغلال بلا خلاف. واختلف في عكسه، والراجح الجواز كما حرره الشرنبلالي في رسالة، ويأتي تمامه قريباً. قوله: (إذ الغرم بالغنم) أي المضرة بمقابلة المنفعة. قوله: (بقدر الصفة التي وقفها الواقف) هذا موافق لما قدمناه عن الهداية عند قوله: يبدأ من غلته بعمارته، والظاهر أن المراد منه منع الزيادة بلا رضاه كما يفيده تمام عبارة الهداية، وكذا ما يأتي عن الزيلعي، فلا ينافي ما في الإسعاف من أنه يقال له: رمها مرمة لا غنى عنها، وهي ما يمتنع من خرابها ولا يلزمه أزيد من ذلك اهـ. فلا يلزمه إعادة البياض والحمرة ولا إعادة مثل ما خرب في الحسن والنفاسة. هذا ما ظهر لي. قوله: (ولو أبى من له السكنى) أي كلهم أو بعضهم فيؤجر حصته الآبي ثم يردها إليه كما في القهستاني والدر المنتقى والإسعاف. قوله: (عمر الحاكم) أي أو المتولي. قهستاني. قال في البحر: ولو قالوا عمرها المتولي أو القاضي لكان أولى. قوله: (كعمارة الواقف) أتى به مع علمه مما تقدم للاستثناء. ط. قوله: (ولم يزد في الأصح) يشير إلى أن فيه خلافاً، لكن هذا ذكره الزيلعي في الموقوف على الفقراء، وقدمناه أيضاً عن الهداية، وكلامنا الآن في الموقوف على معين: أي كذرية الواقف ونحوهم ممن عين لهم السكنى، وظاهر كلامهم أنه لا خلاف في عدم الزيادة فيه.

مطلبٌ فيما لو آجر من له السكنى

قوله: (ولا تصح إجارة من له السكنى) أي إذا لم يكن متولياً ولو زادت على قدر حاجته ولا مستحق غيره كما قدمناه عند قوله: «ولا يقسم» وقدمنا هناك ما لو ضاقت على المستحقين، وكذا لا تصح إجارة من له الغلة كما في البحر، وسيأتي في قول المصنف: والموقوف عليه الغلة لا يملك الإجارة. يعني لو آجر ولم تصح ينبغي أن تكون للموقوف. بحر. لكن قال الحانوتي: إنه غاصب، وصرحوا بأن الأجرة للغاصب اهـ.

قلت: هذا مبني على مذهب المتقدمين، والمفتى به ضمان منافع الوقف كما سيأتي قبيل قوله: «يفتي بالضمان في غصب عقار الوقف» فإذا كانت الغلة أو السكنى

بل المتولي أو القاضي (ثم ردها) بعد التعمير (إلى من له السكنى) رعاية للحقين، فلا عمارة على من له الاستغلال لأنه لا سكنى له

له وحده ينبغي أن تكون الأجرة له، وإلا فلكل. تأمل.

مَطْلَبٌ: لَا يَمْلِكُ الْقَاضِي التَّصَرُّفَ فِي الْوَقْفِ مَعَ وُجُودِ نَاظِرٍ وَلَوْ مِنْ قِبَلِهِ

قوله: (بل المتولي أو القاضي) ظاهره أن للقاضي الإجارة ولو أبى المتولي، إلا أن يكون المراد التوزيع، فالقاضي يؤجرها إن لم يكن لها متولّ أو كان وأبى الأصلح، وأما مع حضور المتولي فليس للقاضي ذلك بحر. وفي الأشباه في قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بعد أن ذكر فروعاً، وعلى هذا لا يملك القاضي التصرّف في الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله اهـ. قال الرملي: وسيأتي أن ولاية القاضي متأخرة عن المشروط له ووصيه تنبه اهـ. ومفاده أنه ليس له الإيجار مع حضور المتولي، وأيده الرملي في محل آخر واستند له بالقاعدة المارة، لكنه نقل بعده عن أوقاف هلال أن القاضي إذا آجر دار الوقف أو وكيله بأمره جاز. قال: وظاهره إطلاق الجواز مع وجود المتولي ووجهه ظاهر اهـ. لكن في فتاوى الحانوتي أن تنصيصهم على أن القاضي محجور عن التصرف في مال اليتيم عند وصي الميت، أو القاضي يقتضي بالقياس عليه أنه هنا كذلك، فلا يؤجر إلا إذا لم يكن متولّ أو كان وامتنع اهـ. وعليه يحمل كلام هلال.

تنبيه: لم يذكر الشارحون حكم العمارة من المتولي أو القاضي، وفي المحيط أنها لصاحب السكنى، لأن الأجرة بدل المنفعة وهي كانت له فكذا بدلها، والقيم إنما آجر لأجله اهـ. ومقتضاه أنه لو مات تكون ميراثاً كما لو عمرها بنفسه. بحر. قوله: (رعاية للحقين) حقّ الوقف وحق صاحب السكنى، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً. بحر. قوله: (فلا عمارة على من له الاستغلال الخ) مفهوم قول المتن: «فعمارة على من له السكنى» وهذا معلوم أيضاً من قوله: «يبدأ من غلة الوقف بعمارته» وعطف عليه قوله: «ولو داراً الخ».

مَطْلَبٌ: مَنْ لَهُ السُّكْنَى لَا يَمْلِكُ الاسْتِغْلَالَ وَالْخُلْفُ فِي عَكْسِهِ

قوله: (لأنه لا سكنى له) قال في البحر: وظاهر كلام المصنف وغيره أن من له الاستغلال لا يملك السكنى، ومن له السكنى لا يملك الاستغلال، كما صرح به في البزازية والفتح أيضاً بقوله: وليس للموقوف عليهم الدار سكناها، بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى بل الاستغلال اهـ. وما في الظاهرية: من أن العمارة على من يستحق الغلة محمول على أن العمارة في غلتها ولما كانت غلتها له صار كأن العمارة عليه اهـ.

فلو سكن هل تلزمه الأجرة؟ الظاهر لا لعدم الفائدة، إلا إذا احتيج للعمارة، فيأخذها المتولي ليعمر بها، ولو هو المتولي ينبغي أن يجبره القاضي على عمارته مما عليه من الأجرة فإن لم يفعل نصب متولياً ليعمرها، ولو شرط الواقف غلتها له ومؤنتها عليه صحا، وهل يجبر على عمارتها؟

قلت: ويؤيده أن الخصاف سوى بين المسألتين، لكنه فرق بينهما في محل آخر بأن من له الاستغلال له السكنى، لأن سكناه كسكنى غيره، بخلاف العكس لأنه يوجب فيها حقاً لغيره، ومن له الاستغلال إذا سكن لا يوجب حقاً لغيره، وادعى الشرنبلالي في رسالة أن الراجح هذا كما فهمته قريباً، وتمامه فيما علقته على البحر.

مَطْلَبٌ: وَقْفُ الدَّارِ عِنْدَ الإِطْلاقِ يُحمَلُ عَلَى الاسْتِغْلالِ لا عَلَى السُّكْنَى

تنبيه: يفهم من كلام الفتح المذكور أن الواقف إذا أطلق ولم يقيد بكونها للسكنى أو للاستغلال أنها تكون للاستغلال، وفي الفتاوى الخيرية المصرح به في كتبنا أن الواقف إذا أطلق الوقف فهو على الاستغلال لا السكنى. قال في النظم الوهباني: [الطويل]

وَمَنْ وُقِفَتْ دَارٌ عَلَيْهِ فَمَا لَهُ ... سِوَى الأَجْرِ وَالسُّكْنَى بِهَا لا تَقَرَّرُ(١)

ثم ذكر عبارة شرحه لابن الشحنة، وأن المسألة من التجنيس وفتاوى الخاصي، وذكر في الخيرية في محل آخر.

مَطْلَبٌ: مَنْ لَهُ الاسْتِغْلالُ لا يَمْلِكُ السُّكْنَى وَبِالْعَكْسِ

والحاصل: أن الواقف إن أطلق أو عين الاستغلال كان للاستغلال، وإن قيد بالسكنى تقيد بها، وإن صرح بهما كان لهما جرياً على كون شرط الواقف كنص الشارع، وهذا كما ترى خلاف ما رجحه الشرنبلالي، وسيذكر الشارح القولين عند قول المصنف: «والموقوف عليه الغلة لا يملك الإجارة». قوله: (فلو سكن) أي من له الغلة على القول بأنه لا سكنى له. قوله: (لعدم الفائدة) لأنها إذا أخذت منه دفعت إليه حيث لم يكن له شريك في الغلة كما في البحر. قوله: (ولو هو المتولي) أي لو كان الساكن في دار الغلة هو المتولي. قوله: (ينبغي الخ) البحث لصاحب النهر. قوله: (نصب متولياً ليعمرها) الظاهر أنه لا حاجة لنصب متولٍ لما مر من أنه لو أبى من له السكنى أو عجز عمر الحاكم، إلا أن يراد أنه ينصب متولياً مطلقاً لا لخصوص التعمير لظهور خيانة الأول بما فعل، فليتأمل. قوله: (ولو شرط الواقف غلتها له) أي للموقوف عليه الغلة. قوله: (صحا) أي الوقف والشرط المذكور، لكن أصل العبارة في التاترخانية: فالوقف

---

(١) ط (قوله لا تتقرر) هكذا بخطه، ولعله (لا تقرر) بتاء واحدة ليصح الوزن.

الظاهر: لا. نهر. وفي الفتح: لو لم يجد القاضي من يستأجرها لم أره، وخطر لي أنه يخيره بين أن يعمرها أو يردها لورثة الواقف.

قلت: فلو هو الوارث لم أره.

جائز مع هذا الشرط اهـ. وهذا يحتمل أن يكون المراد جواز الوقف مقترناً بهذا الشرط ولا يلزم منه صحة هذا الشرط. تأمل. قوله: (الظاهر لا) هذا خلاف ما استظهره في البحر حيث قال: وظاهره أنه يجبر على عمارتها، وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك اهـ. واستوضح في النهر لما استظهره بقول الهداية فيما مر: ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله، فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه منه رضا ببطلان حقه لأنه في حيز التردد اهـ. قال في النهر: وأنت خبير بأن هذا بإطلاقه يشمل ما لو شرط عليه الواقف المرمة، لأنها حيث كانت عليه كان في إجباره إتلاف ماله اهـ. واعترض بأن الجبر فائدة صحة الشرط، وإلا فلا ثمرة له.

قلت: علمت أن صحة الشرط غير صريحة في عبارة التاترخانية، وتعليل الهداية شامل للشرط وغيره فهو دليل على عدم صحته، فافهم؛ على أن هذا الشرط لا ثمرة له لأن الغلة حيث كانت للموقوف عليه، فلا فرق بين تعميره منها أو من غيرها، فإذا امتنع عن العمارة من ماله يؤجرها المتولي ويعمرها من غلتها لأنها موقوفة للغلة، ولو كان هو المتولي وامتنع من عمارتها ينصب غيره ليعمرها أو يعمرها الحاكم كما مر. نعم قد تظهر الثمرة فيما إذا كانت غلتها لا تفي بعمارتها، فإن قلنا بصحة الشرط لزمه أن يعمرها من ماله وهو بعيد لما علمته من كلام الهداية، ولأن كلام الواقف لا يصلح ملزماً له بتعميرها، إذ لا ولاية له على المستحق. قوله: (لم أره) قال في الفتح بعد هذا: والحال فيها يؤدي إلى أن تصير نقضاً على الأرض كرماد تسفوه الرياح اهـ: أي لو تركت بلا عمارة تصير هكذا. قوله: (أو يردها لورثة الواقف) قال في البحر: وهو عجيب لأنهم صرحوا باستبدال الوقف إذا خرب وصار لا ينتفع به وهو شامل للأرض والدار. قال في الذخيرة وفي المنتقى: قال هشام: سمعت محمداً يقول: الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضي اهـ. وأما عود الوقف بعد خرابه إلى ملك الواقف أو ورثته فقد قدمنا ضعفه.

فالحاصل: أن الموقوف عليه السكنى إذا امتنع من العمارة ولم يوجد مستأجر باعها القاضي واشترى بثمنها ما يكون وقفاً، لكن الظاهر كلام المشايخ أن محل الاستبدال عند التعذر إنما هو الأرض لا البيت، وقد حققناه في رسالة الاستبدال اهـ. كلام البحر. واعترضه الرملي بأن كلام المنتقى المذكور شامل للأرض والبيت، فالفرق بينهما غير صحيح. قوله: (فلو هو الوارث لم أره) قيل هذا عجيب من الشارح بعدما

وفي فتاوى قارئ الهداية ما يفيد استبداله أو رد ثمنه للورثة أو للفقراء (وصرف) الحاكم أو المتولي. حاوي (نقضه) أو ثمنه إن تعذر إعادة عينه (إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه ليحتاج) إلا إذا خاف ضياعه فيبيعه ويمسك ثمنه ليحتاج. حاوي

رأى كلام البحر، خصوصاً وقد أقره في النهر من أن الحكم هو الاستبدال فقط، وهو لا يختلف بالوارث وغيره، وبه ظهر ضعف ما في فتاوى قارئ الهداية اهـ.

قلت: بل هو عجيب من المعترض بعد قول البحر، لكن ظاهر كلام المشايخ الخ. نعم يرد عليه ما قاله الرملي وكذا ما قدمنا عن الفتح عند قوله: وعاد إلى الملك عند محمد من أن دار الغلة إذا خربت إنما يعود إلى المالك عنده نقضها دون ساحتها، لأن ساحتها يمكن استغلالها ولو بشيء قليل، بخلاف غير المعد للغلة كرباط أو حوض خرب فهذا يعود إلى المالك كله عند محمد.

مطلب في الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته

قوله: (وفي فتاوى قارئ الهداية الخ) حيث قال: سئل عن وقف انهدم ولم يكن له شيء يعمر منه، ولا أمكن إجارته ولا تعميره، هل تباع أنقاضه من حجر وطوب وخشب؟ أجاب: إذا كان الأمر كذلك صح بيعه بأمر الحاكم، ويشتري بثمنه وقف مكانه، فإذا لم يمكن رده إلى ورثة الواقف إن وجدوا وإلا يصرف للفقراء اهـ.

قلت: الظاهر أن البيع مبني على قول أبي يوسف، والرد إلى الورثة أو إلى الفقراء على قول محمد، وهو جمع حسن حاصله أنه يعمل بقول أبي يوسف، حيث أمكن وإلا فبقول محمد. تأمل.

تتمة: قال في الدر المنتقى: في كلام المصنف إشارة إلى أن الخان لو احتاج إلى المرمة آجر بيتاً أو بيتين وأنفق عليه، وفي رواية: يؤذن للناس بالنزول سنة، ويؤجر سنة أخرى ويرم من أجرته. وقال الناطفي: القياس في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته محيط. وفي البرجندي: والظاهر أن حكم عمارة أوقاف المسجد والحوض والبئر وأمثالها حكم الوقف على الفقراء اهـ.

قوله. (نقضه) بتثليث النون على ما ذكره البرجندي: أي المنقوض من خشب وحجر وآجر وغيرها. شرح الملتقى. قوله: (إن احتاج) بأن أحضرت المؤن[1] أو كان المنهدم لقلته لا يخل بالانتفاع، فيؤخره للاحتياج، وإلا فبالانهدام تتحقق الحاجة، فلا معنى للشرط حينئذ. نبه عليه في الفتح وأغفله في البحر. نهر. قوله: (ليحتاج) الأولى للاحتياج كما عبر في الكنز. قوله: (فيبيعه) فمعنى هذا يباع النقض في موضعين: عند تعذر عوده وعند خوف هلاكه. بحر. ويزاد ما في الفتح حيث قال: واعلم أن عدم

---

(1) في ط (قوله بأن أحضرت المؤن الخ) هذه صورة عدم الاحتياج لا صورة الاحتياج كما صنع المحشي.

(كعكسه) أي كجواز عكسه، وهو ما إذا جعل في المسجد ممر لتعارف أهل الأمصار في الجوامع، وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر، إلا الجنب والحائض والدواب. زيلعي **(كما جاز جعل)** الإمام **(الطريق مسجداً لا عكسه)**

لفصولين. المسجد الذي يتخذ من جانب الطريق لا يكون له حكم المسجد، بل هو طريق بدليل أنه لو رفع حوائطه عاد طريقاً كما كان قبله اهـ. شرنبلالية.

قلت: الظاهر أن هذا في مسجد جعل كله من الطريق، والكلام فيما أدخل من الطريق في المسجد، وعليه لا مانع من أخذه حكم المسجد حيث جعل منه كمسجد مكة والمدينة، وقد مر قبيل الوتر والنوافل في بحث أحكام المسجد أن ما ألحق بمسجد المدينة ملحق به في الفضيلة؛ نعم تحري الأول أولى اهـ. فافهم. قوله: **(كعكسه)** فيه خلاف كما يأتي تحريره، وهذا عند الاحتياج كما قيده في الفتح، فافهم. قوله: **(لتعارف أهل الأمصار في الجوامع)** لا نعلم ذلك في جوامعنا. نعم تعارف الناس المرور في مسجد له بابان، وقد قال في البحر: ويكره أن يتخذ المسجد طريقاً، وأن يدخله بلا طهارة اهـ. نعم يوجد في أطراف صحن الجوامع رواقات مسقوفة للمشي فيها وقت المطر ونحوه لأجل الصلاة أو للخروج من الجامع لا لمرور المارين مطلقاً كالطريق العام، ولعل هذا هو المراد، فمن كان له حاجة إلى المرور في المسجد يمر في ذلك الموضع فقط ليكون بعيداً عن المصلين، وليكون أعظم حرمة لمحل الصلاة، فتأمل. قوله: **(حتى الكافر)** اعترض بأن الكافر لا يمنع من دخول المسجد حتى المسجد الحرام، فلا وجه لجعله غاية هنا.

قلت: في البحر عن الحاوي: ولا بأس أن يدخل الكافر وأهل الذمة المسجد الحرام وبيت المقدس وسائر المساجد لمصالح المسجد وغيرها من المهمات اهـ. ومفهومه أن في دخوله لغير مهمة بأساً وبه يتجه ما هنا، فافهم. قوله: **(كما جاز الخ)** قال في الشرنبلالية: فيه نوع استدراك بما تقدم، إلا أن يقال: ذاك في اتخاذ بعض الطريق مسجداً، وهذا في اتخاذ جميعها، ولا بد من تقييده بما إذا لم يضر كما تقدم، ولا شك أن الضرر ظاهر في اتخاذ جميع الطريق مسجداً لإبطال حق العامة من المرور المعتاد لدوابهم وغيرها، فلا يقال به إلا بالتأويل بأن يراد بعض الطريق لا كله، فليتأمل اهـ. وأجيب بأن صورته ما إذا كان لمقصد طريقان، واحتاج العامة إلى مسجد، فإنه يجوز جعل أحدهما مسجداً وليس فيه إبطال حقهم بالكلية. قوله: **(لا عكسه)** يعني لا يجوز أن يتخذ المسجد طريقاً وفيه نوع مدافعة لما تقدم إلا بالنظر للبعض والكل. شرنبلالية.

قلت: إن المصنف قد تابع صاحب الدرر، مع أنه في جامع الفصولين نقل أولاً جعل شيئاً من المسجد طريقاً ومن الطريق مسجداً جاز، ثم رمز لكتاب آخر لو جعل

لجواز الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد (تؤخذ أرض) ودار وحانوت

الطريق مسجداً يجوز لا جعل المسجد طريقاً، لأنه لا تجوز الصلاة في الطريق فجاز جعله مسجداً، ولا يجوز المرور في المسجد فلم يجز جعله طريقاً اهـ. ولا يخفى أن المتبادر أنهما قولان في جعل المسجد طريقاً بقرينة التعليل المذكور، ويؤيده ما في التاترخانية عن فتاوى أبي الليث، وإن أراد أهل المحلة أن يجعلوا شيئاً من المسجد طريقاً للمسلمين فقد قيل ليس لهم ذلك وأنه صحيح، ثم نقل عن العتابية عن خواهر زاده: إذا كان الطريق ضيقاً والمسجد واسعاً لا يحتاجون إلى بعضه تجوز الزيادة في الطريق من المسجد لأن كلها للعامة اهـ. والمتون على الثاني، فكان هو المعتمد، لكن كلام المتون في جعل شيء منه طريقاً، وأما جعل كل المسجد طريقاً فالظاهر أنه لا يجوز قولاً واحداً؛ نعم في التاترخانية سئل أبو القاسم عن أهل مسجد أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة والرحبة مسجداً أو يتخذوا له باباً أو يحولوا بابه عن موضعه، وأبى البعض ذلك، قال: إذا اجتمع أكثرهم وأفضلهم ليس للأقل منعهم اهـ.

قلت: ورحبة المسجد: ساحته؛ فهذا إن كان المراد به جعل بعضه رحبة فلا إشكال فيه، وإن كان المراد جعل كله فليس فيه إبطاله من كل جهة، لأن المراد تحويله بجعل الرحبة مسجداً بدله، بخلاف جعله طريقاً. تأمل، ثم ظاهر ما نقلناه أن تقييد الشارح أولاً بالباني، وثانياً بالإمام غير قيد؛ نعم في التاترخانية: وعن محمد في مسجد ضاق بأهله لا بأس بأن يلحق به من طريق العامة إذا كان واسعاً، وقيل يجب أن يكون بأمر القاضي، وقيل إنما يجوز إذا فتحت البلدة عنوة لا لو صلحاً. قوله: (لجواز الصلاة في الطريق) فيه أن الصلاة في الطريق مكروهة كالمرور في المسجد فالصواب لعدم جواز[1] الصلاة في الطريق كما قدمناه عن جامع الفصولين: يعني أن فيه ضرورة، وهي أنهم لو أرادوا الصلاة في الطريق لم يجز فكان في جعله مسجداً ضرورة، بخلاف جعل المسجد طريقاً، لأن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبداً فلم يجز لأنه يلزم المرور في المسجد، ولا يخفى أن المتبادر من هذا كون المراد مرور أي مار ولو غير جنب، وهذا يؤيد أن هذا قول آخر، وقد علمت ترجيح خلافه وهو جواز جعل شيء منه مسجداً ويسقط حرمة المرور فيه للضرورة، لكن لا تسقط عنه جميع أحكام المسجد، فلذا لم يجز المرور فيه لجنب ونحوه كما مر، فافهم. قوله: (وتؤخذ أرض) في الفتح: ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه اهـ. زاد في البحر

(١) في ط (قوله فالصواب لعدم جواز الخ) رأيت بخط شيخنا على هامش نسخته ما نصه فيه: أن المراد بالطريق الذي جازت الصلاة فيه الطريق الذي جعل مسجداً ومثل هذا يقال في قوله: كالمرور في المسجد.

(يجنب مسجد ضاق على الناس بالقيمة كرهاً) درر وعمادية (جعل) الواقف (الولاية لنفسه جاز) بالإجماع، وكذا لو لم يشترط لأحد فالولاية له عند الثاني، وهو ظاهر المذهب. نهر. خلافاً لما نقله المصنف، ثم لوصيه إن كان، وإلا فللحاكم. فتاوى ابن نجيم وقارئ الهداية وسيجيء.

عن الخانية بأمر القاضي، وتقييده بقوله: وقف عليه: أي على المسجد يفيد أنها لو كانت وقفاً على غيره لم يجز، لكن جواز أخذ المملوكة كرهاً يفيد الجواز بالأولى، لأن المسجد لله تعالى، والوقف كذلك، ولذا ترك المصنف في شرحه هذا القيد، وكذا في جامع الفصولين. تأمل. قوله: (بالقيمة كرهاً) لما روي عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام. بحر عن الزيلعي. قال في نور العين: ولعل الأخذ كرهاً ليس في كل مسجد ضاق، بل الظاهر أن يختص بما لم يكن في البلد مسجد آخر، إذ لو كان فيه مسجد آخر يمكن دفع الضرورة بالذهاب إليه، نعم فيه حرج، لكن الأخذ كرهاً أشد حرجاً منه، ويؤيد ما ذكرنا فعل الصحابة إذ لا مسجد في مكة سوى المسجد الحرام اهـ.

مطلب في اشتراط الواقف الولاية لنفسه

قوله: (جاز بالإجماع) كذا ذكره الزيلعي وقال: لأن شرط الواقف معتبر فيراعى، لكن الذي في القدوري أنه يجوز على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً، وفي الهداية أنه ظاهر الرواية، وقد رد العلامة قاسم على الزيلعي دعواه الإجماع بأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما في الذخيرة ونازعه في النهر وأطال وأطاب.

وحاصل: ما ذكره أن فيه اختلاف الرواية عن محمد، واختلاف المشايخ في تأويل ما نقل عنه وأن هلالاً أدرك بعض أصحاب أبي حنيفة لأنه مات سنة خمس وأربعين ومائتين، ولفظ المشايخ يقال على من دونه اهـ.

مطلب في ترجمة هلال الرائي البصري

وفي الفتح هلال الرائي هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري نسب إلى الرأي لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد البصري، ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة، وقيل: إن هلالاً أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر، ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي، وفي المغرب: هو تحريف لأنه من البصرة لا من الري، والرازي نسبة إلى الري، وهكذا في تصحيح مسند أبي حنيفة وغيره اهـ. قوله: (خلافاً لما نقله المصنف) أي عن السراجية من أنه لا يصح هذا الوقف عند محمد، وبه يفتى. قوله: (وسيجيء) أي في الفصل الآتي وهو قول المتن الولاية نصب القيم إلى الواقف ثم لوصيه ثم القاضي.

(وينزع) وجوباً. بزازية (لو) الواقف. درر. فغيره بالأولى (غير مأمون) أو عاجزاً

مَطْلَبٌ: يَأْثَمُ بِتَوْلِيَةِ الخَائِنِ

قوله: (وينزع وجوباً) مقتضاه إثم القاضي بتركه والإثم بتولية الخائن ولا شك فيه. بحر. لكن ذكر في البحر أيضاً عن الخصاف أن له عزله أو إدخال غيره معه. وقد يجاب بأن المقصود رفع ضرره عن الوقف، فإذا ارتفع بضم آخر إليه حصل المقصود. قال في البحر: فعلمنا أنه لا يعزله القاضي بمجرد الطعن في أمانته بل بخيانة ظاهرة بينة، وأنه إذا أخرجه وتاب وأناب أعاده، وأن امتناعه من التعمير خيانة؛ وكذا لو باع الوقف أو بعضه أو تصرف تصرفاً جائزاً عالماً به اهـ. وقوله: «لا يعزله القاضي بمجرد الطعن الخ» سيذكره الشارح في الفروع، ويأتي الكلام قريباً على حكم عزل القاضي بلا جنحة، وسيأتي في الفصل قبيل قوله: «باع داراً» حكم عزل الواقف للناظر.

مَطْلَبٌ فِيمَا يُعْزَلُ بِهِ النَّاظِرُ

تنبيه: إذا كان ناظراً على أوقاف متعددة وظهرت خيانته في بعضها أفتى المفتي أبو السعود بأنه يعزل من الكل.

قلت: ويشهد قولهم في الشهادة أن الفسق لا يتجزى، وفي الجواهر: القيم إذا لم يراع الوقف يعزله القاضي، وفي خزانة المفتين: إذا زرع القيم لنفسه يخرجه القاضي من يده. قال البيري: يؤخذ من الأول أن الناظر إذا امتنع من إعارة الكتب الموقوفة كان للقاضي عزله، ومن الثاني لو سكن الناظر دار الوقف ولو بأجر المثل له عزله، لأنه نص في خزانة الأكمل أنه لا يجوز له السكنى ولو بأجر المثل اهـ. وفي الفتح أنه ينعزل بالجنون المطبق سنة لا أقل، ولو برئ عاد إليه النظر. قال في النهر: والظاهر أن هذا في المشروط له النظر، أما منصوب القاضي فلا. وفي البيري أيضاً عن أوقاف الناصحي: الواقف على قوم ولا يوصل إليهم ما شرط لهم ينزعه القاضي من يده ويوليه غيره اهـ. وينعزل المتولي من قبل الواقف بموت الواقف على قول أبي يوسف المفتى به لأنه وكيل عنه، إلا إذا جعله قيماً في حياته وبعد موته كما في البحر. قوله: (لو الواقف) أي لو كان المتولي هو الواقف. قوله: (فغيره بالأولى) قال في البحر: واستفيد منه أن للقاضي عزل المتولي الخائن غير الواقف بالأولى.

مَطْلَبٌ فِي شُرُوطِ المُتَوَلِّي

قوله: (غير مأمون الخ) قال في الإسعاف: ولا يولى إلا أمين قادر بنفسه أو بنائبه، لأن الولاية مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية الخائن لأنه يخل بالمقصود، وكذا تولية العاجز لأن المقصود لا يحصل به ويستوي فيه الذكر والأنثى،

وكذا الأعمى والبصير، وكذا المحدود في قذف إذا تاب لأنه أمين. وقالوا: من طلب التولية على الوقف لا يعطى له، وهو كمن طلب القضاء لا يقلد اهـ. والظاهر أنها شرائط الأولوية لا شرائط الصحة، وأن الناظر إذا فسق استحق العزل ولا ينعزل، كالقاضي إذا فسق لا ينعزل على الصحيح المفتى به.

مطلب في تولية الصبي

ويشترط للصحة بلوغه وعقله لا حريته وإسلامه، لما في الإسعاف: لو أوصى إلى الصبي تبطل في القياس مطلقاً، وفي الاستحسان: هي باطلة ما دام صغيراً، فإذا كبر تكون الولاية له ولو كان عبداً يجوز قياساً واستحساناً لأهليته في ذاته بدليل أن تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع بخلاف الصبي ثم الذمي في الحكم كالعبد، فلو أخرجهما القاضي ثم عتق العبد وأسلم الذمي لا تعود إليهما اهـ. بحر ملخصاً، ونحوه في النهر.

وفي فتاوى العلامة الشلبي: وأما الإسناد للصغير فلا يصح بحال لا على سبيل الاستقلال بالنظر ولا على سبيل المشاركة لغيره، لأن النظر على الوقف من باب الولاية والصغير يولى عليه لقصوره فلا يصح أن يولي على غيره اهـ. وفي أنفع الوسائل عن وقف هلال: لو قال ولايتها إلى ولدي وفيهم الصغير والكبير يدخل القاضي مكان الصغير رجلاً وإن شاء أقام الكبار مقامه، ثم نقل عنه ما مر عن الإسعاف، بهذه النقول صريحة بأن الصبي لا يصلح ناظراً. وأما ما في الأشباه في أحكام الصبيان، من أن الصبي يصلح وصياً وناظراً ويقيم القاضي مكانه بالغاً إلى بلوغه كما في منظومة ابن وهبان من الوصايا اهـ. ففيه أنه لم يذكر في المنظومة قوله وناظراً، ثم رأيت شارح الأشباه نبه على ذلك أيضاً. وأما ما ذكره الشارح في باب الوصي عن المجتبى، من أنه لو فوض ولاية الوقف للصبي صح استحساناً ففيه أن ما ذكره صاحب المجتبى صرح به نفسه في الحاوي بقوله: ولو أوصى إلى صبي في وقفه فهو باطل في القياس، ولكن استحسن أن تكون الولاية إليه إذا كبر اهـ. وهذا هو ما مر عن الإسعاف. نعم رأيت في أحكام الصغار للاستروشني عن فتاوى رشيد الدين قال القاضي: إذا فوض التولية إلى صبي يجوز إذا كان أهلاً للحفظ وتكون له ولاية التصرف، كما أن القاضي يملك الصبي وإن كان الولي لا يأذن اهـ. وعليه فيمكن التوفيق بحمل ما في الإسعاف وغيره على غير الأهل للحفظ بأن كان لا يقدر على التصرف، أما القادر عليه فتكون توليته من القاضي إذناً له في التصرف، وللقاضي أن يأذن للصغير وإن لم يأذن له وليه.

أو ظهر به فسق كشرب خمر ونحوه. فتح أو كان يصرف ماله في الكيمياء. نهر بحثاً (وإن شرط عدم نزعه) أو أن لا ينزعه قاض ولا سلطان لمخالفته لحكم الشرع فيبطل كالوصي، فلو مأموناً لم تصح تولية غيره.

مَطْلَبٌ فِيمَا شَاعَ فِي زَمَانِنَا مِنْ تَفْوِيضِ نَظَرِ الأَوْقَافِ لِلصَّغِيرِ

وبه تعلم أن ما شاع في زماننا من تفويض نظر الأوقاف لصغير لا يعقل وحكم القاضي الحنفي بصحة ذلك خطأ محض، ولا سيما إذا شرط الواقف تولية النظر للأرشد فالأرشد من أهل الوقف، فإنه حينئذ إذا ولي بالغ عاقل رشيد وكان في أهل الوقف أرشد منه لا تصح توليته لمخالفتها شرط الواقف، فكيف إذا كان طفلاً لا يعقل، وثم بالغ رشيد، إن هذا لهو الضلال البعيد، واعتقادهم أن خبز الأب لابنه لا يفيد لما فيه من تغيير حكم الشرع ومخالفة شرط الواقف وإعطاء الوظائف من تدريس وإمامة وغيرها إلى غير مستحقها كما أوضحت ذلك في الجهاد في آخر فصل الجزية، كيف ولو أوصى الواقف بالتولية لابنه لا تصح ما دام صغيراً حتى يكبر فتكون الولاية له كما مر، وكذلك اعتقادهم أن الأرشد إذا فوض، وأسند في مرض موته لمن أراد صح، لأن مختار الأرشد أرشد فهو باطل، لأن الرشد في أمور الوقف صفة قائمة بالرشيد لا تحصل له بمجرد اختيار غيره له، كما لا يصير الجاهل عالماً بمجرد اختيار الغير له في وظيفة التدريس، وكل هذه أمور ناشئة عن الجهل واتباع العادة المخالفة لصريح الحق بمجرد تحكيم العقل المختل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. قوله: (أو كان يصرف ماله في الكيمياء) لأنه استقرئ من أحوال متعاطيها أنها تستجره إلى أن يخرج من جميع ما في يده وقد ترتب عليه ديون بهذا السبب، فلا يبعد أن يجره الحال إلى إضاعة مال الوقف ط. قوله: (وإن شرط عدم نزعه) هي من المسائل السبع التي يخالف فيها شرط الواقف على ما في الأشباه، وسيأتي ط. قوله: (كالوصي) فإنه ينزع وإن شرط الموصي عدم نزعه وإن خان ط.

مَطْلَبٌ فِي عَزْلِ النَّاظِرِ

قوله: (فلو مأموناً تصح تولية غيره) قال في شرح الملتقى إلى الأشباه: لا يجوز للقاضي عزل الناظر المشروط له النظر بلا خيانة، ولو عزله لا يصير الثاني متولياً ويصح عزل الناظر بلا خيانة لو منصوب القاضي: أي لا الواقف، وليس للقاضي الثاني أن يعيده وإن عزله الأول بلا سبب لحمل أمره على السداد إلا أن تثبت أهليته اهـ. وأما الواقف فله عزل الناظر مطلقاً، به يفتى. ولو لم يجعل ناظراً فنصبه القاضي لم يملك الواقف إخراجه، كذا في فتاوى صاحب التنوير اهـ. بتصرف. والتفصيل المذكور في عزل الناظر نقله في البحر عن القنية. وذكر المرحوم الشيخ شاهين عن الفصل الأخير

. . . .

من جامع الفصولين: إذا كان للوقف متول من جهة الواقف أو من جهة غيره من القضاة لا يملك القاضي نصب متول آخر بلا سبب موجب لذلك، وهو ظهور خيانة الأول أو شيء آخر اهـ. قال: وهذا مقدم على ما في القنية اهـ. أبو السعود. قال: وكذا الشيخ خير الدين أطلق في عدم صحة عزله بلا خيانة وإن عزله مولانا السلطان، فعم إطلاقه ما لو كان منصوب القاضي اهـ ط.

قلت: وذكر في البحر كلاماً عن الخانية ثم قال عقبه: وفيه دليل على أن للقاضي عزل منصوب قاض آخر بغير خيانة إذا رأى المصلحة اهـ. وهذا داخل تحت قول جامع الفصولين: أو شيء آخر، كما دخل فيه ما لو عجز أو فسق. وفي البيري عن حاوي الحصيري عن وقف الأنصاري: فإن لم يكن من يتولى من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويفعل واحد من غيرهم بلا رزق فذلك إلى القاضي ينظر فيما هو الأصلح لأهل الوقف اهـ.

مَطْلَبٌ: لَا يَصِحُّ عَزْلُ صَاحِبِ وَظِيفَةٍ بِلَا جُنْحَةٍ أَوْ عَدَمِ أَهْلِيَّةٍ

تنبيه: قال في البحر: واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بلا جنحة عدمها لصاحب وظيفة في وقف بغير جنحة وعدم أهلية، واستدل على ذلك بمسألة غيبة المتعلم، من أنه لا تؤخذ حجرته ووظيفته على حالها إذا كانت غيبته ثلاثة أشهر، فهذا مع الغيبة فكيف مع الحضرة والمباشرة؟ وستأتي مسألة الغيبة وحكم الاستنابة في الوظائف قبيل قول المصنف: «ولاية نصب القيم إلى الواقف» وفي آخر الفن الثالث من الأشباه: إذا ولى السلطان مدرساً ليس بأهل لم تصح توليته، لأن فعله مقيد بالمصلحة، خصوصاً إن كان المقرّر عن مدرس أهل، فإن الأهل لم ينعزل، وصرح البزازي في الصلح، بأن السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين: بمنع المستحق، وإعطاء غير المستحق اهـ. ملخصاً.

مَطْلَبٌ فِي النُّزُولِ عَنِ الوَظَائِفِ

وذكر في البحر أيضاً أن المتولي لو عزل نفسه عند القاضي ينصب غيره، ولا ينعزل بعزل نفسه حتى يبلغ القاضي، ومن عزل نفسه لفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيرها، ثم إن كان المنزول له غير أهل لا يقرره القاضي، ولو أهلاً لا يجب عليه تقريره وأفتى العلامة قاسم بأن من فرغ لإنسان عن وظيفته سقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له اهـ. فالقاضي بالأولى[1] وقد جرى التعارف بمصر الفراغ بالدراهم ولا يخفى

(١) في ط (قوله فالقاضي بالأولى الخ) أي تحصيل الفراغ أمام القاضي كاف في العزل بالأولى وليس المراد أن القاضي ينعزل بالفراغ بالأولى لعدم ظهور تلك الأولوية.

أشياء (وجاز جعل غلة الوقف)

ما فيه، وينبغي الإبراء العام بعده اهـ. ما في البحر ملخصاً. لكن ينافي هذا ما يأتي في الفصل من أن المتولي إذا أراد إقامة غيره مقامه لا يصح إلا في مرض موته، وسيأتي تمام الكلام عليه مع الجواب عنه هناك.

مَطْلَبٌ: لَابُدَّ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْ تَقْرِيرِ الْقَاضِي فِي الْوَظِيفَةِ

وذكر صاحب البحر في بعض رسائله أن ما ذكره العلامة قاسم لم يستند فيه إلى نقل وأنه خولف في ذلك: أي فلا بد من تقرير القاضي. وسئل في الخيرية عما إذا قرر السلطان رجلاً في وظيفة كانت لرجل فرغ لغيره عنها بمال. أجاب بأنها لمن قرره السلطان لا للمفروغ له، إذ الفراغ لا يمنع تقريره سواء قلنا بصحته للمتنازع فيها أو بعدمها الموافق للقواعد الفقهية، كما حرره العلامة المقدسي. ثم رأيت صريح المسألة في شرح منهاج الشافعية لابن حجر معللاً بأن مجرد الفراغ سبب ضعيف لا بد من انضمام تقرير الناظر إليه اهـ. ملخصاً.

مَطْلَبٌ: لَوْ قَرَّرَ الْقَاضِي رَجُلاً ثُمَّ قَرَّرَ السُّلْطَانُ آخَرَ فَالْمُعْتَبَرُ الْأَوَّلُ

وأفتى في الخيرية أيضاً بأنه لو قرر القاضي رجلاً ثم قرر السلطان آخر فالعبرة لتقرير القاضي، كالوكيل إذا نجز ما وكل فيه ثم فعله الموكل.

مَطْلَبٌ: النَّاظِرُ الْمَشْرُوطُ لَهُ التَّقْرِيرُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْقَاضِي

وأفتى أيضاً بأن الناظر المشروط له التقرير لو قرر شخصاً فهو المعتبر دون تقرير القاضي، أخذاً من القاعدة المشهورة: وهي أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، وبه أفتى العلامة قاسم، وأما إذا لم يشترط الواقف له التقرير فالمعتبر تقرير القاضي اهـ.

مَطْلَبٌ: لِلْمَفْرُوغِ لَهُ الرُّجُوعُ بِمَالِ الْفَرَاغِ

وأفتى في الخيرية أيضاً بأنه لو فرغ عن الوظيفة بمال فللمفروغ له الرجوع بالمال لأنه اعتياض عن حق مجرد وهو لا يجوز، صرحوا به قاطبة. قال: ومن أفتى بخلافه فقد أفتى بخلاف المذهب لبنائه على اعتبار العرف الخاص وهو خلاف المذهب، والمسألة شهيرة، وقد وقع فيها للمتأخرين رسائل، واتباع الجادة أولى والله أعلم. وكتب على ذلك أيضاً كتابة حسنة في أول كتاب الصلح من الخيرية فراجعها، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في أول كتاب البيوع، وحاصله جواز أخذ المال بلا رجوع.

مَطْلَبٌ فِي اشْتِرَاطِ الْغَلَّةِ لِنَفْسِهِ

قوله: (وجاز جعل غلة الوقف لنفسه الخ) أي كلها أو بعضها. وعند محمد: لا

أو الولاية (لنفسه عند الثاني) وعليه الفتوى (و) جاز (شرط الاستبدال به

يجوز بناء[1] على اشتراطه التسليم إلى متول. وقيل هي مسألة مبتدأة: أي غير مبنية على ذلك، وهو أوجه. ويتفرع على الخلاف ما لو وقف على عبيده وإمائه، صح عند أبي يوسف لا عند محمد. وأما اشتراط الغلة لمدبريه وأمهات أولاده، فالأصح صحته اتفاقاً لثبوت حريتهم بموته، فهو كالوقف على الأجنبي وثبوته لهم حال حياته تبع لما بعدها، وقيد بجعل الغلة لنفسه، لأنه لو وقف على نفسه قيل: لا يجوز، وعن أبي يوسف: جوازه وهو المعتمد. وما في الخانية من أنه لو وقف على نفسه وعلى فلان صح نصفه وهو حصة فلان وبطل حصة نفسه. ولو قال: ثم على فلان لا يصح شيء منه مبني على القول الضعيف. بحر ملخصاً. لكنه لم يستند في تضعيفه واعتماد الجواز إلى نقل صريح، ولعله بناه على عدم الفرق بين جعل الغلة لنفسه والوقف على نفسه، إذ ليس المراد من الوقف على شخص سوى صرف الغلة إليه، لأن الوقف تصدق بالمنفعة فحينئذ يكون التصحيح المنقول في صحة الأول شاملاً لصحة الثاني. وهو ظاهر ويؤيده قول الفتح، ويتفرع على الخلاف ما لو وقف على عبيده وإمائه الخ، مع أن الخلاف المذكور في جعل الغلة لنفسه.

مَطْلَبٌ فِي الْوَقْفِ عَلَى نَفْسِ الْوَاقِفِ

قوله: (أو الولاية) مفاده أن فيه خلاف محمد، مع أنه قدم أن اشتراط الولاية لنفسه جائز بالإجماع، لكن لما كان في دعوى الإجماع نزاع كما قدمناه مع التوفيق بأن عن محمد روايتين إحداهما توافق قول أبي يوسف والأخرى تخالفه فدعوى الإجماع مبنية على الرواية الأولى، ودعوى الخلاف على الثانية، فلا خلل في النقلين، فلذا مشى الشارح عليهما في موضعين مشيراً إلى صحة كل من العبارتين، فافهم. قوله: (وعليه الفتوى) كذا قاله الصدر الشهيد وهو مختار أصحاب المتون، ورجحه في الفتح، واختاره مشايخ بلخ وفي البحر عن الحاوي أنه المختار للفتوى ترغيباً للناس في الوقف وتكثيراً للخير.

مَطْلَبٌ فِي اسْتِبْدَالِ الْوَقْفِ وَشُرُوطِهِ

قوله: (وجاز شرط الاستبدال به الخ) اعلم أن الاستبدال على ثلاثة وجوه: الأول: أن يشرطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، فالاستبدال فيه جائز على الصحيح، وقيل اتفاقاً. والثاني: أن لا يشرطه سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار

(1) في ط «قوله وعند محمد لا يجوز بناء الخ» أي وجه البناء أن محمداً لما قال باشتراط التسليم منع صحة الولاية لنفسه، وما ذاك إلا لما في من تعلق حق المولى.

بالموقف. أعني المتكلم عليه، وإذا كان الأمر كذلك في جعل الولاية لنفسه فلأن يكون جعل الغلة لنفسه مبطلاً له بالأولى، إذ تعلق حقه به أقوى من حق التكلم، فاشتراط شيء منه ملحوظ فيه انقطاع حق الواقف.

أرضاً أخرى) حينئذ (أو) شرط (بيعه ويشتري بثمنه أرضاً أخرى

بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته فهو أيضاً جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأيه المصلحة فيه. والثالث: أن لا يشرطه أيضاً ولكن فيه نفع في الجملة، وبدله خير منه ريعاً ونفعاً، وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار. كذا حرره العلامة قنالي زاده في رسالته الموضوعة في الاستبدال، وأطنب فيها عليه الاستدلال، وهو مأخوذ من الفتح أيضاً كما سنذكره عند قول الشارح: «لا يجوز استبدال العامر إلا في أربع» ويأتي بقية شروط الجواز. وأفاد صاحب البحر في رسالته في الاستبدال أن الخلاف في الثالث، إنما هو في الأرض إذا ضعفت عن الاستغلال، بخلاف الدار إذا ضعفت بخراب بعضها، ولم تذهب أصلاً فإنه لا يجوز حينئذ الاستبدال على كل الأقوال. قال: ولا يمكن قياسها على الأرض، فإن الأرض إذا ضعفت لا يرغب غالباً في استئجارها بل في شرائها، أما الدار فيرغب في استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها للسكنى، على أن باب القياس مسدود في زماننا، وإنما للعلماء النقل من الكتب المعتمدة كما صرحوا به. قوله: (أرضاً أخرى) مفعول به للاستبدال وعمل المصدر المقرون بأل قليل. قوله: (حينئذ) أي حين إذ كان الفتوى على قول أبي يوسف، وأشار بهذا إلى أن اشتراط الاستبدال مفرع على القول بجواز اشتراط الغلة لنفسه، ولهذا قال في البحر: وفرع في الهداية على الاختلاف بين الشيخين شرط الاستبدال لنفسه، فجوزه أبو يوسف وأبطله محمد، وفي الخانية: الصحيح قول أبي يوسف اهـ. وذكر في الخانية في موضع آخر صحة الشرط إجماعاً، ووفق بينهما صاحب البحر في رسالته بحمل الأول على ما إذا ذكر الشرط بلفظ البيع والثاني على ما إذا ذكره[1] بلفظ الاستبدال بقرينة تعبير الخانية بذلك، وإلا فهو مشكل اهـ قوله: (أو شرط بيعه) ظاهره أنه لا فرق بين ذكره بلفظ الاستبدال أو البيع، وهو خلاف التوفيق المذكور آنفاً. قوله: (ويشتري بثمنه أرضاً) أي وأن يشتري على حد قوله: «للبس عباءة وتقر عيني» وقيد به لأن شرط البيع فقط يفسد الوقف كما مر أول الباب، لأنه لا يدل على إرادة الاستبدال إلا بذكر الشراء. وفي فتاوى الكازروني عن الشرنبلالي أنه سئل عن

[1] في ط (قوله والثاني على ما إذا ذكره الخ) يقتضي أن صورة الإجماع هي ما ذكر فيها لفظ الاستبدال، وقد مر أن شرط الاستبدال مفرع على جعل الغلة لنفسه المختلف في صحته، فيكون شرط الاستبدال مختلفاً في صحته أيضاً، فكيف يحكي قاضيخان الإجماع على صحته؟ والعجب من صنيع المحشي حيث صرح في أول المقولة بالتفريع، وربما يجعل الاستبدال صورة الإجماع، ويمكن أن يقال إنه تقدم أن في مسألة جعل الولاية لنفسه روايتين عن محمد، فلعل جعل الغلة لنفسه كذلك، وهو الظاهر، وحيث كان كذلك يكون مسألة الاستبدال المفرعة عليها مثلها جزماً، وتكون حكاية الإجماع على إحدى الروايتين والخلاف على الأخرى، وتقدم نظير ذلك.

إذا شاء، فإذا فعل صارت الثانية كالأولى في شرائطها وإن لم يذكرها ثم لا يستبدلها) بثالثة، لأنه حكم ثبت بالشرط والشرط وجد في الأولى لا الثانية **(وأما)** الاستبدال ولو للمساكين آل **(بدون الشرط فلا يملكه إلا القاضي)** درر. وشرط في البحر خروجه عن الانتفاع بالكلية وكون البدل عقاراً والمستبدل قاضي الجنة

واقف شرط لنفسه الاستبدال والبيع، فأجاب بأن الوقف باطل، لأنه لما شرط البيع بعد الاستبدال كان عطف مغاير، وأطلق البيع ولم يقل واشترى بالثمن ما يكون وقفاً مكانها فأبطل الوقف لقول الخصاف: لو اشترط بيع الأرض ولم يقل استبدل بثمنها ما يكون وقفاً مكانها فالوقف باطل اهـ. قوله: (إذا شاء) كذا وقع في عبارة الدرر ولم تذكره في البحر والفتح وأكثر الكتب التي رأيتها؛ نعم رأيته معزياً للذخيرة، والظاهر أنه قيد للبيع لا للشراء فكان المناسب ذكره قبل قوله: (ويشتري) لئلا يوهم أنه قيد للشراء فيلزم منه جواز البيع، وإن لم يرد أن يشتري بثمنه غيره وهو مفسد للوقف كما علمته؛ هذا ما ظهر لي ولم أر من نبه عليه. قوله: (وإن لم يذكرها) أي الشرائط. قال في البحر: ولو شرط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضاً أخرى ولم يزد، صح استحساناً وصارت الثانية وقفاً بشرائط الأولى، ولا يحتاج إلى الإيقاف كالعبد الموصى بخدمته إذا قتل خطأ واشتري بثمنه عبد آخر ثبت حق الموصى له في خدمته.

مطلب في اشتراط الإدخال والإخراج

قوله: (ثم لا يستبدلها بثالثة) قال في الفتح: إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً، وكذلك ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له عليه، وعلى وزان هذا اشترط لو شرط لنفسه، أن ينقص من المعاليم إذا شاء، ويزيد ويخرج من شاء، ومن استبدل[1] به كان له ذلك، وليس لقيمه أن يجعله له؛ وإذا أدخل وأخرج مرة فليس له ثانياً إلا بشرطه، ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له أن يستبدل بنفسه اهـ. وذكر في البحر فروعاً مهمة فلتراجع. قوله: (ولو للمساكين آل) أي رجع، وهذه المبالغة لم يذكرها في الدرر. قال ح: ولم يظهر لي وجهها. قوله: (بدون الشرط) دخل فيه ما لو اشترط عدمه كما سيذكره الشارح في شرح الوهبانية عن الطرسوسي أنه لا نقل فيه لكنه مقتضى قواعد المذهب، لأنهم قالوا: إذا شرط الواقف أن لا يكون للقاضي أو السلطان كلام في الوقف أنه شرط باطل، وللقاضي الكلام لأن نظره أعلى، وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم، وتعطيل للوقف فيكون شرطاً لا فائدة فيه للوقف ولا مصلحة فلا يقبل اهـ. بحر. قوله: (وشرط في البحر الخ) عبارته: وقد اختلف كلام

---

(١) في ط (قوله ومن استبدل به الخ) الصواب حذف الواو وجعل الفعل صفة المستبدل عطفاً على ما قبله.

فتعين أن يكون في موضع جوازه للقاضي بلا شرط الواقف، حيث رأى المصلحة فيه وفي موضع منع منه، ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها. والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضي بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش، وشرط في الإسعاف أن يكون المستبدل قاضي الجنة المفسر بذي العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب في زماننا اهـ. ويجب أن يزاد آخر في زماننا: وهو أن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير، فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها، وقل أن يشترى بها بدلاً. ولم نر أحداً من القضاة فتش على ذلك مع كثرة الاستبدال في زماننا اهـ.

مطلب في شروط الاستبدال

وحاصله: أنه يشترط له خمسة شروط أسقط الشارح منها الثاني والثالث لظهورهما، لكن في النهر كلام يأتي قريباً. وزاد في البحر زيادة شرط سادس، وهو أن لا يبيعه ممن لا تقبل شهادته له، ولا ممن له عليه دين حيث قال: وقد وقعت حادثتان أخريان

إحداهما: باع الوقف من ابنه الصغير، فأجبت بأنه لا يجوز اتفاقاً كالوكيل بالبيع باع من ابنه الصغير والكبير كذلك خلافاً لهما كما عرف في الوكالة.

ثانيتهما: باع من رجل له على المستبدل دين وباعه الوقف بالدين، وينبغي أن لا يجوز على قول أبي يوسف وهلال لأنهما لا يجوزان البيع بالعروض فالدين أولى اهـ. وذكر في القنية ما يفيد شرطاً سابعاً حيث قال: وفي القنية مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا في محلة واحدة أو محلة الأخرى خيراً، وبالعكس لا يجوز، وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها في أدون المحلتين لدناءتها وقلة رغبة الناس فيها اهـ. وزاد العلامة قنالي زاده في رسالته ثامناً، وهو أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد، لما في الخانية: لو شرط لنفسه استبدالها بدار لم يكن له استبدالها بأرض، وبالعكس أو بأرض البصرة تقيد اهـ. فهذا فيما شرطه لنفسه، فكذا يكون شرطاً فيما لم يشترطه لنفسه بالأولى، تأمل. ثم قال: والظاهر عدم اشتراط اتحاد الجنس في الموقوفة للاستغلال، لأن المنظور فيها كثرة الريع وقلة المرمة والمؤنة، فلو استبدل الحانوت بأرض تزرع ويحصل منها غلة قدر أجرة الحانوت كان أحسن، لأن الأرض أدوم وأبقى وأغنى عن كلفة الترميم والتعمير، بخلاف الموقوفة للسكنى لظهور أن قصد الواقف الانتفاع بالسكنى اهـ. ولا يخفى أن هذه الشروط فيما لم يشترط الواقف استبداله لنفسه أو غيره، فلو شرطه لا يلزم خروجه عن الانتفاع ولا مباشرة القاضي له ولا عدم ريع يعمر به كما لا يخفى. فاغتنم هذا

المفسر بذي العلم والعمل. وفي النهر أن المستبدل قاضي الجنة، فالنفس به مطمئنة فلا يخشى ضياعه ولو بالدراهم والدنانير، وكذا لو شرط عدمه، وهي إحدى المسائل السبع التي يخالف فيها شرط الواقف كما بسطه في الأشباه.

التحرير. قوله: (ولو بالدراهم والدنانير) رد لما مر عن البحر من اشتراط كون البدل عقاراً.

وحاصله: أن اشتراط ذلك إنما هو لكون الدراهم يخشى عليها أكل النظار لها، وإذا كان المشروط كون المستبدل قاضي الجنة لا يخشى ذلك.

قلت: وفيه نظر لأن قاضي الجنة شرط للاستبدال فقط لا للشراء بالثمن أيضاً، فقد يستبدل قاضي الجنة بالدراهم ويبقيها عنده أو عند الناظر، ثم يعزل القاضي ويأتي في السنة الثانية من لا يخشى عليها فتضيع. نعم ذكر في البحر أن صريح كلام قاضيخان جوازه بالدراهم، ولكن قال قارئ الهداية: وإن كان للوقف ريع ولكن يرغب شخص في استبداله إن أعطى مكانه بدلاً أكثر ريعاً منه في صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند أبي يوسف والعمل عليه، وإلا فلا فقد عين العقار للبدل فدل على منعه بالدراهم اهـ. واعترضه الخير الرملي بأنه كيف يخالف قاضيخان مع صراحته بالجواز بما قاله قارئ الهداية مع أنه ليس فيه تعرض للاستبدال بالدراهم لا بنفي ولا إثبات اهـ.

قلت: لا يخفى أن قوله: «إن أعطى مكانه بدلاً الخ» يدل على نفي الجواز بدون العقار، بل صرح به في قوله: «وإلا فلا» نعم يرد على البحر أن كلام قارئ الهداية لا يعارض كلام قاضيخان لأنه فقيه النفس، والجواب أن صاحب البحر لم ينكر كون المنقول في المذهب ما قاله قاضيخان، ولكن مراده أن هذا المنقول كان في زمنهم، وأن ما قاله قارئ الهداية مبني على تغير الزمان، ويدل على أن مراده هذا قوله فيما سبق «ويجب أن يزاد آخر في زماننا الخ» ولا شك أن هذا هو الاحتياط، ولا سيما إذا كان المستبدل من قضاة هذا الزمن وناظر الوقف غير مؤتمن؛ نعم ما أفتى به قارئ الهداية من جواز الاستبدال إذا كان للوقف ريع مخالف لما مر في الشروط من اشتراط خروجه عن الانتفاع بالكلية، ويأتي تمام الكلام عليه قريباً. قوله: (وكذا لو شرط عدمه) معطوف على قول المتن: «وأما بدون الشرط» وقدمنا عن الطرسوسي أن هذا لا نقل فيه بل قواعد المذهب تقتضيه.

مطلب: يجوز مخالفة شرط الواقف في مسائل

قوله: (وهي إحدى المسائل السبع) الثانية: شرط أن القاضي لا يعزل الناظر، فله عزل غير الأهل. الثالثة: شرط أن لا يؤجر وقفه أكثر من سنة، والناس لا يرغبون في استئجار سنة أو كان في الزيادة نفع للفقراء فللقاضي المخالفة دون الناظر. الرابعة: لو

وزاد ابن المصنف في زواهره ثامنة وهي: إذا نص الواقف ورأى الحاكم ضم مشارف جاز كالوصي وعزاها لأنفع الوسائل، وفيها لا يجوز استبدال العامر إلا في الأربع.

شرط أن يقرأ على قبره فالتعيين باطل: أي على القول بكراهة القراءة على القبر والمختار خلافه. الخامسة: شرط أن يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل في مسجد كذا، فللقيم التصدق على سائل غير ذلك المسجد أو خارج المسجد، أو على من لا يسأل. السادسة: لو شرط للمستحقين خبزاً ولحماً معيناً كل يوم فللقيم دفع القيمة من النقد، وفي موضع آخر لهم طلب العين وأخذ القيمة: أي فالخيار لهم لا له، وذكر في الدر المنتقى أنه الراجح. السابعة: تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الإمام، إذا كان لا يكفيه وكان عالماً تقياً، وهذه الأخيرة سيذكرها الشارح في فروع الفصل الآتي، ويأتي الكلام عليها هناك، وزاد عليها أخرى وهي: جواز مخالفة السلطان الشروط إذا كان أصل الوقف لبيت المال. قوله: (وزاد ابن المصنف في زواهره) أي في حاشيته [زواهر الجواهر على الأشباه والنظائر] ونص عبارة أنفع الوسائل هكذا: إذا نص الواقف على أن أحداً لا يشارك الناظر في الكلام على هذا الوقف، ورأى القاضي أن يضم إليه مشارفاً يجوز له ذلك كالوصي إذا ضم إليه غيره حيث يصح اهـ. وهذا حاصل ما يأتي عن المعروضات.

قلت: وأوصلها في الدر المنتقى إلى إحدى عشرة فراجعه. وزاد البيري مسألتين الأولى: ما إذا شرط أن لا يؤجر بأكثر من كذا وأجر المثل أكثر. والثانية: لو شرط أن لا يؤجر لمتجوه: أي لصاحب جاه فآجره منه بأجرة معجلة، واعترض بأن العلة الخوف على رقبة الوقف كما هو مشاهد.

قلت: وينبغي التفصيل بين الخوف على الأجرة والخوف على الوقف، ففي الأول يصح بتعجيل الأجرة. قوله: (وفيها) أي في الأشباه.

مطلب: لا يستبدل العامر إلا في أربع

قوله: (إلا في أربع) الأولى: لو شرطه الواقف. الثانية: إذا غصبه غاصب وأجرى عليه الماء حتى صار بحراً فيضمن القيمة، ويشتري المتولي بها أرضاً بدلاً. الثالثة: أن يجحده الغاصب ولا بينة: أي وأراد دفع القيمة، فللمتولي أخذها ليشتري بها بدلاً. الرابعة: أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة وأحسن صقعاً، فيجوز على قول أبي يوسف، وعليه الفتوى كما في فتاوى قارئ الهداية. قال صاحب النهر في كتابه إجابة السائل: قول قارئ الهداية والعمل على قول أبي يوسف معارض بما قاله صدر الشريعة: نحن لا نفتي به، وقد شاهدنا في الاستبدال ما لا يعد ويحصى فإن ظلمة

قلت: لكن في معروضات المفتي أبي السعود أنه في سنة إحدى وخمسين وتسعمائة ورد الأمر الشريف بمنع استبداله، وأمر أن يصير بإذن السلطان تبعاً لترجيح صدر الشريعة انتهى، فليحفظ. وفيها أيضاً لو شرط الوقف العزل والنصب وسائر التصرفات لمن يتولى من أولاده ولا يداخلهم أحد من القضاة والأمراء، وإن داخلوهم فعليهم لعنة الله هل يمكن مداخلتهم؟ فأجاب بأنه في سنة أربع وأربعين وتسعمائة قد حررت هذه الوقفيات المشروطة هكذا، فالمتولون لو من الأمراء يعرضون للدولة العلية على مقتضى الشرع ومن دونهم رتبة يعرض القضاة جعلوه حيلة لإبطال أوقاف المسلمين، وعلى تقديره فقد قال في "الإسعاف: المراد بالقاضي هو قاضي الجنة المفسر بذي العلم والعمل اهـ. ولعمري أن هذا أعز من الكبريت الأحمر، وما أراه إلا لفظاً يذكر، فالأحرى فيه السد حذراً من مجاوزة الحد، والله سائل كل إنسان اهـ.

قال العلامة البيري بعد نقله أقول: وفي فتح القدير: والحاصل أن الاستبدال إما عن شرط الاستبدال أو لا عن شرطه، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الوقوف عليهم فينبغي أن لا يختلف فيه، وإن كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمنه ما هو خير منه مع كونه منتفعاً به، فينبغي أن لا يجوز، لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة، ولأنه لا موجب لتجويزه، لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة، ولا ضرورة في هذا إذ لا تجب الزيادة بل نبقيه كما كان اهـ.

أقول: ما قاله هذا المحقق هو الحق الصواب اهـ. كلام البيري. وهذا ما حرره العلامة قنالي كما قدمناه. قوله: (قلت لكن الخ) استدراك على الصورة الرابعة المذكورة. قوله. (بمنع استبداله) أي استبدال العامر إذا قل ريعه ولم يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو الصورة الرابعة بقرينة قوله: "تبعاً لترجيح صدر الشريعة" فإن الذي رجحه هو هذه الصورة كما علمته آنفاً. قوله: (فالمتولون الخ) لا يخفى ما في هذه العبارة من الركاكة، والظاهر أنها معربة من عبارة تركية.

وحاصلها: أنه ورد الأمر بعدم العمل بهذا الشرط، فإذا كان المتولي من الأمراء لا يستقل بنفسه، بل يعرض أمر الوقف على الدولة العلية: أي على السلطان لقرب الأمير منه فيتصرف بالوقف برأي السلطان على مقتضى الشرع الشريف، وإن كان المتولي من دون الأمراء في الرتبة، وهو من لا وصول له بنفسه إلى السلطان يعرض أمر الوقف برأي الأمراء على القضاة ليتصرف معهم على وفق المشروع من المواد الحادثة ولا يخالف المتولي للقاضي إذا أمره بالمشروع ولا القاضي المتولي إذا كان

بآرائهم مع قضاة البلاد على مقتضى المشروع من المواد لا يخالف القضاة المتولين ولا المتولون القضاة، بهذا ورد الأمر الشريف، فالواقفون لو أرادوا: أي فساد صدر يصدر، وإذا داخلهم القضاة والأمراء فعليهم اللعنة فهم الملعونون، ثم تقرر أن الشرائط المخالفة للشرع جميعها لغو وباطل انتهى، فليحفظ.

(بنى على أرض ثم وقف البناء) قصداً (بدونها إن الأرض مملوكة لا يصح،

تصرف المتولي على وفق المشروع. قوله: **(فالواقفون الخ)** حاصله أن الواقفين إذا شرطوا هذا الشرط ولعنوا من يداخل الناظر من الأمراء والقضاة كانوا هم الملعونين، لأنهم أرادوا بهذا الشرط أنه مهما صدر من الناظر من الفساد لا يعارضه أحد وهذا شرط مخالف للشرع، وفيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم وتعطيل الوقف، فلا يقبل كما قدمناه عن أنفع الوسائل. قوله: **(بنى على أرض الخ)** كان المناسب للمصنف ذكر هذه المسألة عند قوله: «ومنقول فيه تعامل» لما تقرر أن البناء والغراس من قسم المنقول، ولذا لا تجري فيه الشفعة كما سنحققه في بابها، ولزم من ذكرها هنا الفصل بين مسائل الاستبدال والبيع.

مطلب في وقف البناء بدون أرض

قوله: **(ثم وقف البناء قصداً)** احترز به عن وقفه تبعاً للأرض، فإنه جائز بلا نزاع.

ثم اعلم أن العلامة قاسماً أفتى بأنه لا يصح وقف البناء بدون أرض، وعزاه في الأصل للإمام محمد وإلى هلال بن يحيى البصري والخصاف وإلى الواقعات والمضمرات، وقال: يحتمل هذا المنع أن يكون لا لعدم التعارف بل لأن غير المنقولات تبقى بنفسها مدة طويلة، فتكون متأبدة، بخلاف البناء فإنه لا بقاء له بدون الأرض فلا يتم التخريج، فثبت أنه باطل بالاتفاق والحكم به باطل اهـ. ملخصاً.

قلت: لكن في البحر عن الذخيرة: وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح، لأنه منقول وقفه غير متعارف، وإذا كان أصل البقعة موقوفاً على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى اختلفوا فيه اهـ.

مطلب: مناظرة ابن الشحنة مع شيخه العلامة قاسم في وقف البناء

فهذا صريح بأن علة عدم الجواز كونه غير متعارف، لا كما ذكره العلامة قاسم فحيث تعورف وقفه جاز، ومن هذا خالفه تلميذه العلامة عبد البر بن الشحنة بعد ما جرى بينهما كلام في مجلس السلطان الملك الظاهر سنة ٨٧٢[1] وقال: إن الناس من

---

(١) في ط (قوله سنة ٨٧٦) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف، وفيه نظر، فإن وفاة الملك الظاهر في سنة ٦٧٦ كما يعلم من مراجعة الخطط للمقريزي.

وقيل صح وعليه الفتوى).

سئل قارئ الهداية عن وقف البناء والغراس بلا أرض؟ فأجاب: الفتوى على صحته قلت: ورجحه شارح الوهبانية وأقره المصنف معللاً بأنه منقول في

زمن قديم نحو مائتي سنة وإلى الآن على جوازه، والأحكام به من القضاة العلماء متواترة، والعرف جار به، فلا ينبغي أن يتوقف فيه اهـ. ورده العلامة محمد بن ظهيرة القرشي كما في فتاوى الكازروني بما حاصله أنه خالف نصوص المذهب على عدم جوازه، وخالف شيخه الذي أجمع علماء عصره من المذاهب الأربعة على علمه وقبول قوله، وأنه اعتمد على قول مرجوح، وأنه احتج بالعرف وعمل القضاة والعرف لا يصادم المنقول، وحكم القضاة بالمرجوح لا ينفذ اهـ.

قلت: لا يخفى عليك أن المفتى به الذي عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف، وحيث صار وقف البناء متعارفاً كان جوازه موافقاً للمنقول، ولم يخالف نصوص المذهب على عدم جوازه لأنها مبنية على أنه لم يكن متعارفاً، كما دل عليه كلام الذخيرة المار، ويأتي قريباً نص الخصاف على جوازه إذا كان البناء في أرض محتكرة، هذا: والذي حرره في البحر أخذاً من قول الظهيرية، وأما إذا وقفه على الجهة التي كانت البقعة وقفاً عليها جاز اتفاقاً تبعاً للبقعة أن قول الذخيرة لم يجز هو الصحيح مقصور على ما عدا صورة الإتفاق وهو ما إذا كانت الأرض ملكاً أو وقفاً على جهة أخرى. قال: وقصره الطرسوسي على الملك، وهو غير ظاهر اهـ.

قلت: وهو كذلك، فإن شرط الوقف التأبيد والأرض إذا كانت ملكاً لغيره فللمالك استردادها وأمره بنقض البناء، وكذا لو كانت ملكاً له فإن لورثته بعده ذلك، فلا يكون الوقف مؤبداً، وعلى هذا فينبغي أن يستثنى من أرض الوقف ما إذا كانت معدة للاحتكار، لأن البناء يبقى فيها، كما إذا كان وقف البناء على جهة وقف الأرض فإنه لا مطالب بنقضه، والظاهر أن هذا وجه جواز وقفه إذا كان متعارفاً وبهذا أجازوا وقف بناء قنطرة على نهر العامة وقالوا: إن ذلك لا يكون ميراثاً. وقال في الخانية: إنه دليل على جواز وقف البناء وحده: يعني فيما سبيله البقاء كما قلنا، وبه يتضح الحال ويزول الإشكال ويحصل التوفيق بين الأقوال. قوله: **(وقيل صح وعليه الفتوى)** أخذه من إطلاق ما نقله قارئ الهداية، فقد قال في البحر: إن ظاهره أنه لا فرق بين أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً، لكنه مخالف لما حرره كما علمته آنفاً، ولما يأتي عن فتواه، وقد علمت ما فيه من منافاته للتأبيد، ومن هنا نص في الخانية وغيرها على أنه لا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو إجارة كما يأتي، فيجب حمل كلام قارئ الهداية على غير الملك. قوله: **(وأقره المصنف)** ليس في عبارته التصريح بالملك، وأما

تعامل فيتعين به الإفتاء (وإن موقوفة على ما عين البناء له جاز) تبعاً (إجماعاً، وإن) الأرض (لجهة أخرى فمختلف فيه) والصحيح الصحة كما في المنظومة المحبية.

وسئل ابن نجيم عن وقف الأشجار بلا أرض؟ فأجاب: يصح لو الأرض وقفاً، ولو لغير الواقف. وسئل أيضاً عن البناء والغراس في الأرض المحتكرة هل يجوز بيعه ووقفه، وهل يجوز وقف العين المرهونة أو المستأجرة؟ فأجاب: نعم وفي البزازية: لا يجوز وقف البناء في أرض عارية أو إجارة.

شارح الوهبانية فليس في كلامه تصريح بترجيحه، فإنه قال نظماً: [الطويل]

وَيجوزُ إيقافُ البِنَا دُونَ أَرْضِهِ وَلَوْ بِمِلْكِ الغَيرِ بَعْضٌ يُقَرِّرُ

قوله: (والصحيح الصحة) أي إذا كانت الأرض محتكرة كما علمت، وعن هذا قال في أنفع الوسائل: إنه لو بنى في الأرض الموقوفة المستأجرة مسجداً أنه يجوز. قال: وإذا جاز فعلى من يكون حكره؟ والظاهر أنه يكون على المستأجر ما دامت المدة باقية، فإذا انقضت ينبغي أن يكون من بيت مال الخراج وأخواته ومصالح المسلمين. قوله: (لو الأرض وقفاً) مبني على ما مشى عليه المتن.

مَطْلَبٌ فِي زِيَادَةِ أُجْرَةِ الأَرْضِ المُحْتَكَرَةِ

قوله: (في الأرض المحتكرة) أصل الحكر: المنع. بحر عن المغطط. وفي الخيرية الاستحكار: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما. قوله: (فأجاب نعم) أي يجوز بيعه ووقفه. أما البيع فقدمنا الكلام عليه محرراً في أول كتاب الشركة. وأما وقف المأجور ففي البحر: يصح ولا تبطل الإجارة، فإذا انقضت أو مات أحدهما صرف إلى جهات الوقف اهـ. وأما وقف المرهون فسيأتي بيانه قبيل الفصل. وأما وقف الشجر فهو كوقف البناء. وفي البزازية: غرس شجرة ووقفها: إن غرسها على أرض مملوكة[1] يجوز وقفها تبعاً للأرض، وإن بدون أصلها لا يجوز، وإن كانت في أرض موقوفة إن وقفها على تلك الجهة جاز كما في البناء، وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الخلاف المذكور في وقف البناء اهـ. قوله: (أو إجارة) يستثنى منه ما ذكره الخصاف، من أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار فإنه يجوز. بحر. قال في الإسعاف: وذكر في أوقاف الخصاف أن وقف حوانيت الأسواق يجوز إن كانت الأرض بإجارة في أيدي الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها من قبل أنا رأيناها في

---

(١) في ط (قوله إن غرسها على أرض عارية الخ) في البحر عن الظهيرة ما نصه. وإذا غرس شجرة ووقفها: إن غرسها في أرض غير موقوفة لا يجوز إن وقفها بموضعها من الأرض صح تبعاً للأرض بحكم الاتصال إلى آخر العبارة، وبهذا تعلم ما في عبارة المحشي.

وأما الزيادة في الأرض المحتكرة ففي المنية. حانوت لرجل في أرض وقف فأبى صاحبه أن يستأجر الأرض بأجر المثل إن العمارة لو رفعت تستأجر بأكثر مما استأجره، أمر برفع العمارة، وتؤجر لغيره وإلا تترك في يده بذلك الأجر، ومثله

أيدي أصحاب البناء توارثوها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان فيها ولا يزعجهم، وإنما له غلة يأخذها منهم وتداولتها خلف عن سلف ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم، يتبايعونها ويؤجرونها، وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويعيدونه ويبنون غيره، فكذلك الوقف فيها جائز اهـ. وأقره في الفتح وذكر أيضاً أنه مخصص لإطلاق قوله: «أو إجارة» وقد علمت وجهه وهو بقاء التأبيد، وهو مؤيد لما قلنا من تخصيص الوقف بما إذا كانت الأرض محتكرة.

مطلب في وقف الكردار والكدك

تتمة: في البزازية: وقف الكردار بدون الأرض لا يجوز كوقف البناء بلا أرض اهـ. وفي مزارعة الخيرية: الكردار هو أن يحدث المزارع في الأرض بناء أو غراساً أو كبساً بالتراب، صرح به غالب أهل الفتاوى اهـ.

قلت: فعلى هذا ينبغي التفصيل في الكردار فإن كان كبساً بالتراب، فلا يصح وقفه، وإن كان بناء أو غرساً ففيه ما مر في وقف البناء والشجر، ومن الكردار ما يسمى الآن كدكاً في حوانيت الوقف ونحوها من رفوف مركبة في الحانوت وإغلاق على وجه القرار، ومنه ما يسمى قيمة في البساتين وفي الحمامات، وقد أوضحناه في تنقيح الحامدية، والظاهر أنه لا يصح وقفه لعدم العرف الشائع، بخلاف وقف البناء والشجر فإنه مما شاع وذاع في عامة البقاع. قوله: (وأما الزيادة في الأرض المحتكرة الخ) عي ذكر هذه المسائل في أول الفصل الآتي عند ذكر إجارة الوقف

والحاصل: أن مستأجر أرض الوقف إذا بنى فيها ثم زادت أجرة المثل زيادة فاحشة: فإما أن تكون الزيادة بسبب العمارة والبناء، أو بسبب زيادة أجرة الأرض في نفسها، ففي الأول لا تلزمه الزيادة لأنها أجرة عمارته وبنائه، وهذا لو كانت العمارة ملكه، أما لو كانت للوقف كما لو بنى بأمر الناظر ليرجع على الوقف تلزمه الزيادة، ولهذا قيد بالمحتكرة، وفي الثاني تلزمه الزيادة أيضاً كما يأتي بيانه في الفصل. قوله: (أمر برفع العمارة) ينبغي تقييده بما إذا لم يضر رفعه بالأرض أخذاً مما بعده. قوله: (وتؤجر لغيره) لأن النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة. بحر.

مطلب في استبقاء العمارة بعد فراغ مدة الإجارة بأجر المثل

قوله: (وإلا تترك في يده بذلك الأجر) لأن فيها ضرورة. بحر عن المحيط. وظاهر التعليل تركها بيده ولو بعد فراغ مدة الإجارة، لأنه لو أمر برفعها لتؤجر من غيره

في البحر. وفيه: لو زيد عليه أن إجارته مشاهرة تفسخ عند رأس الشهر، ثم إن ضر رفع البناء لم يرفع وإن لم يضرّ رفع أو يتملكه القيم برضا المستأجر، فإن لم

يلزم ضرره، وحيث كان يدفع أجرة مثلها لم يوجد ضرر على الوقف، فتترك في يده لعدم الضرر على الجانبين، وحينئذ فلو مات المستأجر كان لورثته الاستبقاء أيضاً، إلا إذا كان فيه ضرر على الوقف بوجه ما، بأن كان هو أو وارثه مفلساً أو سيء المعاملة أو متغلباً يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر، كما في حاشية الخير الرملي من الإجارات. وأفتى به في فتاواه الخيرية، لكنه خالف لإطلاق المتون والشروح من أنه بعد فراغ المدة يؤمر بالرفع والتسليم، وبه أفتى في الخيرية أيضاً قبيل باب ضمان الأجير في خصوص الأرض المحتكرة.

قلت: لكن ينبغي تخصيص إطلاق المتون والشروح، وإخراج الأرض المعدة للاحتكار من هذا الإطلاق ليتوافق كلامهم، ويؤيد ذلك ما مر عن الخصاف من صحة وقف البناء في الأرض المحتكرة وقدمنا وجهه وهو أن البناء عليها يكون على وجه الدوام، فيبقى التأبيد المشروط لصحة الوقف، ومثل ذلك غالب القرى التي هي وقف أو لبيت المال، فإن أهلها إذا علموا أن بناءهم وغراسهم يقلع كل سنة وتؤخذ القرية من أيديهم وتدفع لغيرهم لزم خرابها، وعدم من يقوم بعمارتها. ومثل ذلك أصحاب الكردار في البساتين ونحوها، وكذا أصحاب الكدك في الحوانيت ونحوها، فإن إبقاءهم في أيديهم سبب لعمارتها ودوام استغلالها ففي ذلك نفع للأوقاف وبيت المال، ولكن كل ذلك بعد كونهم يؤدون أجرة مثلها بلا نقصان فاحش، وهذا خلاف الواقع في زماننا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وهذا خلاصة ما حررته في رسالتي المسماة [تحرير العبارة فيمن هو أحق بالإجارة] فعليك بها فإنها بديعة في بابها مغنية لطلابها، ولله تعالى الحمد. قوله: (وفيه) أي في البحر، وعزاه إلى المحيط وغيره. قوله: (لو زيد عليه) أي من غير أن يزيد أجر المثل في نفسه. فتاوى الخيرية. ويدل له قوله الآتي: «والظاهر أنه لا تقبل الزيادة الخ» فظهر أن المراد زيادة متعنت، فافهم. قوله: (تفسخ عند رأس الشهر) أي قبل دخوله، لأنه إذا استأجر مشاهرة كل شهر بكذا تصح في الشهر الأول فقط، وكلما دخل شهر صحت فيه. قوله: (أو يتملكه القيم) هذا فيما إذا ضرّ رفع البناء فكان عليه أن يقول: فإن لم يضرّ رفع وإن ضر لا بل يتملكه القيم الخ. وعبارة البحر: ينظر إن كانت أجرته مشاهرة إذا جاء رأس الشهر كان للقيم فسخ الإجارة، ثم ينظر إن كان رفع البناء لا يضرّ بالوقف فله رفعه لأنه ملكه، وإن كان يضر به فليس له رفعه، لأنه وإن كان ملكه فليس له أن يضر بالوقف، ثم إن رضي المستأجر أن يتملكه القيم للوقف بالقيمة مبنياً أو منزوعاً أيهما كان أخف يتملكه القيم، وإن لم

يرض تبقى إلى أن يخلص ملكه. محيط. بقي لو إجارته مسانهة أو مدة طويلة، والظاهر أنه لا تقبل الزيادة دفعاً للضرر عليه ولا ضرر على الوقف، لأن الزيادة إنما كانت بسبب البناء لا الزيادة في نفس الأرض انتهى.

وأما وقف الإقطاعات ففي النهر: لا يجوز إلا إذا كانت الأرض مواتاً أو

يرض لا يتملك لأن التملك بغير رضاه لا يجوز، فيبقى إلى أن يخلص ملكه اهـ[1].

قلت: سيأتي في كتاب الإجارات إنه إن ضر يتملكه القيم لجهة الوقف جبراً على المستأجر كما في عامة الشروح فيعول عليها لأنها لنقل المذهب، بخلاف نقول الفتاوى اهـ. وذكر مثله في المنح هناك، وحاصله أنهم في الفتاوى كالمحيط والخانية والعمادية جعلوا الخيار للمستأجر، ولو كان القلع يضر، وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للناظر إن ضر، وإلا فللمستأجر، ولا يخفى أن كلاً مما في الفتاوى والشروح مخالف لما مر من قوله: «وإلا تترك في يده» كما نبه عليه آنفاً وعلمت التوفيق على التحقيق. قوله: (والظاهر أنه لا تقبل الزيادة الخ) حاصله أنها مثل المشاهرة، فإنه في المشاهرة لا تقبل الزيادة أيضاً بل يصبر إلى انتهاء الشهر.

والحاصل: أنه لا تقبل الزيادة في كل الصور حيث لم تزد أجرة مثله في ذاتها للزوم العقد، وعدم موجب الفسخ[2]، فلو قال: والظاهر أنها كذلك لكان أخصر وأولى. أفاده الخير الرملي في حاشية البحر.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي وَقْفِ الإِقْطَاعَاتِ

قوله: (وأما وقف الإقطاعات الخ) هي ما يقطعه الإمام: أي يعطيه من الأراضي رقبة، أو منفعة لمن له حق في بيت المال.

وحاصل ما ذكره صاحب البحر في رسالته التحفة المرضية في الأراضي المصرية: أن الواقف لأرض من الأراضي. لا يخلو إما أن يكون مالكاً لها من الأصل بأن كان من أهلها حين فتح الإمام على أهلها، أو تلقى الملك من مالكها بوجه من الوجوه أو غيرها؛ فإن كان الأول فلا خفاء في صحة وقفه لوجود ملكه، وإن كان الواقف غيرهما فلا يخلو إما إن وصلت إلى يده بإقطاع السلطان إياها له، أو بشراء من بيت المال من غير أن تكون ملكه؛ فإذ كان الأول: فإن كانت مواتاً أو ملكاً للسلطان صح وقفها، وإن كانت من حق بيت المال لا يصح. قال الشيخ قاسم: إن من أقطعه

---

(١) في ط (قوله فيبقى إلى أن يخلص الخ) أي يبقى البناء في الأرض إلى أن يخلص ملك الباني ويؤجرها القيم ساكتاً لكن يؤخذ ثم ينقسم الأجر على مثله فيدفع أجر الأرض ومثل أجر البناء. ونقل شيخنا عن الرملي أن الظاهر أن القيم لا يعطي للباني شيئاً، بل يكون كل الأجر لجهة الوقف.

(٢) في ط (قوله وعدم موجب الفسخ) أي الآن، وإلا فهي تفسخ في آخر المدة.

ملكاً للإمام فأقطعها رجلاً. قال: وأغلب أوقاف الأمراء بمصر إنما هو إقطاعات يجعلونها مشتراة صورة من وكيل بيت المال. وفي الوهبانية: ولو وقف السلطان

السلطان أرضاً من بيت المال ملك المنفعة بمقابلة ما أعد له فله إجارتها، وتبطل بموته أو إخراجه من الإقطاع لأن للسلطان أن يخرجها منه اهـ. وإن وصلت الأرض إلى الواقف بالشراء من بيت المال بوجه مسوغ: فإن وقفه صحيح لأنه ملكها، ويراعى فيها شروطه سواء كان سلطاناً أو أميراً أو غيرهما، وما ذكره السيوطي من أنه لا يراعى فيها الشرائط إن كان سلطاناً أو أميراً فمحمول على ما إذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان من بيت المال، أو بناه على أصل في مذهبه؛ وإن كان الواقف لها السلطان من بيت المال من غير شراء فأفتى العلامة قاسم بأن الوقف صحيح، أجاب به حين سئل عن وقف السلطان جقمق، فإنه أرصد أرضاً من بيت المال على مصالح مسجد وأفتى بأن سلطاناً آخر لا يملك إبطاله اهـ. حاصل ما في الرسالة.

قلت: وما أفتى به العلامة قاسم مشكل، لما تقدم من أنها إن كانت من حق بيت المال لا يصح، وكذا ما سيذكره الشارح في فروع الفصل الآتي عن المبسوط من أن للسلطان مخالفة شرط الواقف إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع، لأن أصلها لبيت المال: أي فلم تكن وقفاً حقيقة بل هي أرصاد أخرجها الإمام من بيت المال وعينها لمن يستحق منه من العلماء ونحوهم، كما أوضحناه في باب العشر والخراج والجزية، وقدمنا هناك أنه إذا لم يعلم شراؤه لها ولا عدمه فالظاهر أنه لا يحكم بصحة وقفها، لأن شرطه الملك ولم يعلم، ولا يلزم علمه من وقفه لها لأن الأصل بقاؤها لبيت المال كما يفيده المذكور عن المبسوط.

مطلب في أوقاف الملوك والأمراء

ولهذا أفتى المولى أبو السعود بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها لأنها من بيت المال أو ترجع إليه اهـ. وأما ذكره في النهر هناك من قوله: وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال، فالأصل هو الصحة، فالظاهر أن معناها. إذا علم الشراء ولكن لم يعلم حاله، هل هو صحيح أم لا لعدم وجود شرطه، لأنه لا يصح الشراء من بيت المال إلا إذا كان بالمسلمين حاجة كما مر هناك، فيحمل على الأصل وهو الصحة، فافهم. ولعل مراد العلامة قاسم بقوله: إن الوقف صحيح: أي لازم لا ينقض على وجه الأرصاد المقصود منه وصول المستحقين إلى حقوقهم ولم يرد حقيقة الوقف، وقدمنا تمام ذلك هناك فراجعه. قوله: (يجعلونها مشتراة صورة) أي بدون شرائطه المسوغة لعدم احتياج بيت المال إلى بيعها في هذه الدولة العثمانية أعز الله بها الإسلام والمسلمين، ومقتضاه أنه لا يكون وقفاً حقيقة بل هو إرصاد كما علمته مما

من بيت المال لمصلحة عمت يجوز ويؤجر.

قلت: وفي شرحها للشرنبلالي: وكذا يصح إقطاعه بذلك إن فتحت عنوة لا صلحاً لبقاء ملك مالكها قبل الفتح (أطلق القاضي) (بيع الوقف غير المسجل لوارث الواقف فباع صح) وكان حكماً ببطلان الوقف لعدم تسجيله حتى لو باعه الواقف أو بعضه أو رجع عنه ووقفه لجهة أخرى، وحكم بالثاني قبل الحكم بلزوم الأول صح الثاني لوقوعه في محل الاجتهاد كما حققه المصنف

حرره آنفاً فلم يكن مما حوّل حال شرطه حتى يحمل على الصحة، فافهم. قوله: (لمصلحة عمت) كالوقف على المسجد بخلافه على معين وأولاده فإنه لا يصح وإن جعل آخره للفقراء كما أوضحه العلامة عبد البر بن الشحنة ط. قوله: (ويؤجر) لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين، فإذا أبده على مصرفه الشرعي يثاب، لا سيما إذا كان يخاف عليه أمراء الجور الذين يصرفونه في غير مصرفه الشرعي، فيكون قد منع من تجيء منهم ويتصرف ذلك التصرف. ذكره العلامة عبد البر ط. ومفاده أنه إرصاد لا وقف حقيقة كما قدمناه. قوله: (قلت الخ) أصله ما في الخانية: لو أن سلطاناً أذن لقوم أن يجعلوا أرضاً من أراضي بلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم، قالوا: إن كانت البلدة فتحت عنوة ينفذ لأنها تصير ملكاً للغانمين فيجوز أمر السلطان فيها، وإذا فتحت صلحاً تبقى على ملك ملاكها فلا ينفذ أمره فيها اهـ.

قلت: ومفاد التعليل أن المراد بالمفتوحة عنوة التي لم تقسم بين الغانمين إذ لو قسمت صارت ملكاً لهم حقيقة، فتأمل.

مطلب في إطلاق القاضي بيع الوقف للواقف أو لوارثه

قوله: (أطلق القاضي) أي أجاز ط عن الوالي. قوله: (بيع الوقف) أي كله أو بعضه، كما أفتى به المولى أبو السعود فقال: إن لم يكن مسجلاً وباعه برأي الحاكم يبطل وقفية ما باعه، والباقي على ما كان كما نقله عنه المصنف في المنح. قوله: (غير المسجل) معنى قولهم مسجلاً: أي محكوماً بلزومه بأن صار اللزوم حادثة وقع التنازع فيها فحكم القاضي باللزوم بوجهه الشرعي. رملي. وسمي مسجلاً لأن المحكوم به يكتب في سجل القاضي. قوله: (وكان حكماً ببطلان الوقف) الضمير في كان عائد إلى إطلاق القاضي. وعبارة البزازية كان حكماً بصحة بيع الوقف اهـ. والظاهر أن الحكم[1] ببطلان الوقف يكون بعد بيعه. تأمل. قوله: (كما حققه المصنف) حيث ذكر أن هذا

---

(١) قوله: (والظاهر أن الحكم الخ) فيه أنه يقتضي اشتراط تقدم الدعوى والمنازعة، والأمر ليس كذلك بل مجرد الإذن كاف في صحة البيع وبطلان الوقف.

ليس مبنياً على قول الإمام فقط بعدم لزوم الوقف قبل التسجيل، بل هو صحيح على قولهما أيضاً لوقوعه في فصل مجتهد فيه كما صرح به في البزازية. ويؤيده قول قارئ الهداية: إذا رجع الواقف عما وقفه قبل الحكم بلزومه صح عنده، لكن الفتوى على خلافه، وأنه يلزم بلا حكم، ومع ذلك إذا قضى بصحة الرجوع قاض حنفي صح ونفذ، فإذا وقفه ثانياً على جهة أخرى وحكم به حاكم صح ولزم وصار المعتبر الثاني لتأبده بالحكم اهـ. وبه يندفع ما ذكره العلامة قاسم ومن تبعه من عدم النفاذ معللاً بأنه قضاء بالمرجوح اهـ. وليس كذلك لما في السراجية من تصحيح أن المفتي يفتي بقول الإمام على الإطلاق، ثم بقول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول زفر، والحسن بن زياد، ولا يتخير إذا لم يكن مجتهداً، وقول الإمام مصحح أيضاً فقد جزم به بعض أصحاب المتون، ولم يعولوا على غيره، ورجحه ابن كمال في بعض مؤلفاته. وإذا كان في المسألة قولان مصححان يجوز القضاء والإفتاء بأحدهما. هذا حاصل ما ذكره المصنف، وفيه نظر. فإن كتب المذهب مطبقة على ترجيح قولهما بلزومه بلا حكم، وبأنه المفتى به. وفي الفتح: أنه الحق كما مر فعلى المفتي والقاضي العمل به. وأما قوله: فجزم به بعض أصحاب المتون الخ، ففيه أنهم ذكروا أولاً قول الإمام، لكون المتون موضوعة لنقل مذهبه، ثم ذكروا قولهما وفرعوا عليه. وأما قول السراجية: إن المفتي يفتي بقول الإمام على الإطلاق ولا يتخير، فذاك في غير ما صرح أهل المذهب بترجيح خلافه، ولذا قال: إذا لم يكن مجتهداً، ولا شك أن أهل الاجتهاد في المذهب رجحوا قولهما، فعلينا اتباع ترجيحهم وإلا كان عبثاً، كما رجحوا قولهما في المزارعة والحجر، فثبت أن قوله مرجوح والقضاء بالمرجوح غير صحيح. وأما ما أفتى به قارئ الهداية فقد أفتى نفسه بخلافه وقال: لكن الفتوى على قولهما أنه لا يشترط للزومه شيء مما شرطه أبو حنيفة، فعلى هذا الوقف هو الأول، وما فعله ثانياً لا اعتبار به إلا إن شرطه في وقفه اهـ. وعن هذا قال في البحر: ولو قضى الحنفي بصحة بيعه فحكمه باطل، لأنه لا يصح إلا بالصحيح المفتى به، فهو معزول بالنسبة إلى القول الضعيف، ولذا قال في القنية: فالبيع باطل ولو قضى القاضي بصحته، وقد أفتى به العلامة قاسم. وأما ما أفتى به قارئ الهداية من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضي مجتهد أو سهو منه اهـ. فافهم.

تنبيه: صريح كلام القنية المذكور أن البيع باطل لا فاسد. قال المقدسي في شرحه: وقد وقع فيه اختلاف، وأفتى بعض مشايخ العصر بفساده، ورتب عليه ملك المشتري إياه، والصحيح أنه باطل، وقد بينا ذلك في رسالة لما وقع الاختلاف في

وأفتى به تبعاً لشيخه وقارىء الهداية والمنلا أبي السعود.

قلت: لكن حمله في النهر على القاضي المجتهد فرجعه (ولو) أطلق القاضي البيع (لغيره) أي غير الوارث (لا) يصح بيعه، لأنه إذا بطل عاد إلى ملك الوارث، وبيع ملك الغير لا يجوز. درر: يعني بغير طريق شرعي لما في العمادية باع القيم الوقف بأمر القاضي ورأيه جاز.

قلت: وأما المسجل لو انقطع ثبوته وأراد أولاد الواقف إبطاله فقال المفتي

البلاد الرومية وأفتى مفتيها بسريان الفساد إذا بيع ملك ووقف صفقة واحدة، وخالفه شيخنا السيد الشريف محيي الدين الشهير بمعلول أمير، وألف جماعة من المصريين رسائل في ذلك حتى الشافعية كالشيخ ناصر الدين الطبلاوي، لما وقع بين قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي وقاضي القضاة محيي الدين بن إلياس اهـ. قوله: (وأفتى به) أي المصنف في فتاواه. قوله: (تبعاً لشيخه) أي صاحب البحر في فتاواه، وقد علمت أنه في بحره ما ارتضاه. قوله: (لكن حمله في النهر) أي تبعاً للبحر كما علمت، ومثل القاضي المجتهد من قلد مجتهداً يراه. أفاده ح.

مَطْلَبٌ: بَيْعُ الْوَقْفِ بَاطِلٌ لَا فَاسِدٌ

قوله: (لا يصح بيعه) يفيد أن إطلاق القاضي بيع الوقف لغير الوارث حكم ببطلان الوقف، ويعود إلى ملك الوارث، غايته أن بيع غير الوارث باطل، لأنه باع ملك الغير، لكن ينبغي أن يكون البيع صحيحاً موقوفاً على إجازة الوارث كما لا يخفى اهـ ح. لكن ليس في كلام الشارح ما يوجب البطلان، لأن قوله: «لا يصح» وقوله: «لا يجوز» لا يقتضيه، وليس في كلامه أيضاً ما يقتضي بطلان الوقف بمجرد إطلاق القاضي بيعه لغير الوارث، وقوله: «لأنه إذا بطل» يعني بعد البيع. قوله: (لما في العمادية باع القيم الخ) ينبغي أن يكون هذا في صورة الاستبدال اهـ ح. وعليه فالمراد بالمسوّغ الشرعي وجود شرائط الاستبدال، وقيد بأمر القاضي لأن الاستبدال إذا لم يشرطه الواقف لا يجوز لغير القاضي كما مر.

مَطْلَبٌ فِي الْوَقْفِ إِذَا انْقَطَعَ ثُبُوتُهُ

قوله: (وأما المسجل الخ) ظاهره أنه مقابل قول المتن غير المسجل، فيكون المراد به المحكوم بلزومه، وهذا لا شبهة في عدم صحة بيعه ما لم يصل إلى حال يجوز استبداله؛ وأما لو انقطع ثبوته ففي الخصاف: أن الأوقاف التي تقادم أمرها ومات شهودها لما كان لها رسوم في دواوين القضاة وهي في أيديهم أجريت على رسومها الموجودة في دواوينهم استحساناً إذا تنازع أهلها فيها، وما لم يكن لها رسوم في

أبو السعود في معروضاته: قد منع القضاة من استماع هذه الدعوى انتهى، فليحفظ **(الوقف في مرض موته كهبة فيه)** من الثلث مع القبض **(فإن خرج)** الوقف **(من الثلث أو أجازه الوارث نفذ في الكل وإلا بطل في الزائد على الثلث)** ولو أجاز البعض جاز بقدره

دون من القضاة القاضي فيها عند التنازع أن من أثبت حقاً حكم له به اهـ. وسيأتي تمامه في الفروع.

مطلب الوقف في مرض الموت

قوله: **(الوقف في مرض موته كهبة فيه)** أي في مرض الموت أقول: إلا أنه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لا يبطل أصله، وإنما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض، فيصرف على قدر مواريثهم عن الواقف ما دام الموقوف عليه حياً، ثم يصرف بعد موته إلى من شرطه الواقف، لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لوارث ليبطل أصله بالرد. نص عليه هلال رحمه الله تعالى فتنبه لهذه الدقيقة. شرنبلالية. وقدمنا تمام الكلام عليه عند قول المصنف «أو بالموت». قوله: **(من الثلث مع القبض)** خبر ثان عن قوله: «الوقف» أو متعلق بمحذوف، وعبارة الدرر: فيعتبر من الثلث ويشترط فيه ما يشترط فيها من القبض والإفراز اهـ. وأصله في الخانية حيث قال فيها: قال الشيخ الإمام ابن الفضل: الوقف على ثلاثة أوجه: إما في الصحة، أو في المرض، أو بعد الموت. فالقبض والإفراز شرط في الأول كالهبة، دون الثالث، لأنه وصية. وأما الثاني فكالأول وإن كان يعتبر من الثلث كالهبة في المرض. وذكر الطحاوي أنه كالمضاف إلى ما بعد الموت. وذكر السرخسي أن الصحيح: أنه كوقف الصحة حتى لا يمنع الإرث عند أبي حنيفة، ولا يلزم إلا أن يقول في حياتي وبعد مماتي اهـ. ملخصاً. وبه علم أن المراد بالقبض قبض المتولي، وهو مبني على قول محمد باشتراط التسليم والإفراز كما مر بيانه، وإن الخلاف في كون وقف المرض كوقف الصحة أو كالمضاف إلى ما بعد الموت ثمرته في كونه لا يلزم على قول الإمام فإذا مات يورث عنه كوقف الصحة أو يلزم فلا يورث كالمضاف، وحيث مشى الشارح على ترجيح قول أبي يوسف بعدم اشتراط القبض كان الأولى له حذف قوله: «مع القبض» ولئلا يوهم أن المراد قبض الموقوف عليه. قوله: **(أو أجازه الوارث)** أي وإن لم يخرج من الثلث. قوله: **(وإلا بطل)** إلا أن يظهر له مال آخر. إسعاف وخانية. قوله: **(ولو أجاز البعض)** أي بعض الورثة جاز بقدره: أي نفذ مما زاد على الثلث ما أجازه وبطل باقي ما زاد. وصورته: لو كان ماله تسعة ووقف في مرضه ستة ومات عن ثلاثة أولاد فأجاز أحدهم نفذ في واحد فيصح الوقف من أربعة، وسيأتي في كتاب الوصايا لو أجاز

ويطل وقف راهن معسر ومريض مديون بمحيط، بخلاف صحيح لو قبل الحجر، فإن شرط وفاء دينه من غلته صح،

البعض ورد البعض جاز على المجيز بقدر حصته، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. قوله: (ويبطل وقف راهن معسر) فيه مسامحة والمراد أنه سيبطل ففي الإسعاف وغيره: لو وقف المرهون بعد تسليمه صح، وأجبره القاضي على دفع ما عليه إن كان موسراً، وإن كان معسراً أبطل الوقف وباعه فيما عليه اهـ. وكذا لو مات: فإن عن وفاء عاد إلى الجهة، وإلا بيع وبطل الوقف كما في الفتح. قوله: (ومريض مديون بمحيط) أي بدين محيط بماله فإنه يباع وينقض الوقف. بحر. ويأتي محترز المحيط. وفي ط عن الفواكه البدرية: الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الإعتاق والإيقاف والوصية بالمال والمحاباة في عقود العوض في مرض الموت إلا بإجازة الدائنين، وكذا يمنع من انتقال الملك إلى الورثة فيمنع تصرفهم إلا بالإجازة اهـ. قوله: (بخلاف صحيح) أي وقف مديون صحيح فإنه يصح ولو قصد به المماطلة لأنه صادف ملكه كما في أنفع الوسائل عن الذخيرة. قال في الفتح: وهو لازم لا ينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالاتفاق لأنه لم يتعلق حقهم في حال صحته اهـ. وبه أفتى في الخيرية من البيوع، وذكر أنه أفتى به ابن نجيم، وسيأتي فيه كلام عن المعروضات. قوله: (لو قبل الحجر) أما بعده فلا يصح، وقدمنا أول الباب عند قوله: «وشرطه شرط سائر التبرعات» عن الفتح أنه لو وقفه على نفسه، ثم على جهة لا تنقطع ينبغي أن يصح على قول أبي يوسف المصحح، وعند الكل إذا حكم به حاكم اهـ. وتقدم هناك الكلام عليه.

وحاصله: أن وقفه على نفسه ليس تبرّعاً[1] بل، أن عدم صحة وقف المحجور إنما يظهر على قولهما بصحة حجر السفيه. أما على قوله «فلا» لأنه لا يرى صحة حجره فيبقى تصرفه نافذاً، ومن هنا حكم بعض القضاة بصحة وقفه، لأن القضاء بحجره لا يرفع الخلاف لوقوع الخلاف في نفس القضاء كما صرح به في الهداية، فيصح الحكم بصحة تصرفه عند الإمام، فيصح وقفه، لكن الحكم بلزومه مشكل لأن الإمام وإن قال بصحة تصرفه لكنه لا يقول بلزوم الوقف، والقائل بلزومه لا يقول بصحة تصرف المحجور فيصير الحكم بلزوم وقفه مركباً من مذهبين. هذا حاصل ما ذكره في أنفع الوسائل، وأجاب عنه بأنه في صحة المفتي حوز الحكم الملفق، وقدمنا ما فيه عند الكلام على وقف المشاع[2]. قوله: (فإن شرط وفاء دينه) أي وقفه على نفسه وشرط

(١) في ط (قوله ليس متبرعاً) أي وهو إنما يحجر عن التبرع. قال شيخنا. وفيه نظر فإنه وإن لم يكن متبرعاً بالغلة لكنه تبرع بما هو أعظم منها وهو العين، فينبغي يكون وقفه باطلاً على رأي مصحح الحجر.

(٢) في ط (قوله على وقف المشاع) حاصل ما تقدم فيه تطبيق الممنوع إنما هو الملفق بين مذهبين أجنبيين، فحينئذ لا يكون هذا الحكم باطلاً خصوصاً وقد قيل به كل قول للصحيح، مروي عن الإمام. ومعنى هذا ما في التيه.

وإن لم يشترط يوفى من الفاضل عن كفايته بلا سرف، ولو وقفه على غيره فغلته لمن جعله له خاصة. فتاوى ابن نجيم.

قلت: قيد بمحيط لأن غير المحيط يجوز في ثلث ما بقي بعد الدين لو له ورثة، وإلا ففي كله؛ فلو باعها القاضي ثم ظهر مال تشترى به أرض بدلها، وتمامه في الإسعاف في باب وقف المريض وفي الوهبانية: [الطويل]

وإنْ وَقَفَ المَدْيُونُ تالفكَّةُ يجز ... فإنْ ماتَ عنْ عينٍ تَفِي لا يُغَيَّرِ

أي وإلا فيبطل أو للغلة يمهل فليتأمل.

وقد ذكره منه كما في فتاوى ابن نجيم. وحذفه الشارح اكتفاء بالمقابل وهو قوله: ولو وقفه على غيره الخ ح. قوله: (يوفى من الفاضل عن كفايته) أي إذا فضل من غلة الوقف شيء عن قوته فللغرماء أن يأخذوا منه، لأن الغلة بقيت على ملكه. ذخيرة. قوله: (لو له ورثة) أي ولم يجيزوه. فقوله: (وإلا) أي وإن لم يكن له ورثة أو كان وأجازوا اهـ ح. قوله: (فلو باعها القاضي) أي في صورة المحيط اهـ ح. قوله: (أي وإلا فيبطل) بالبناء للمجهول، وهذا تصريح بالمفهوم: أي وإن لم يمت عن مال يفي بما عليه من الدين فإن الوقف يغير: أي يبطله القاضي ويبيعه للدين. قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية: وهذا يخالف عتق العبد الرهن لا يباع، ويسعى في الدين إن لم يزد على قيمته، ولا يبطل العتق. وبحث فاضل فقال: ينبغي أن لا يبطل الوقف ويؤخذ من غلته لوفاء الدين كسعاية العبد إذا لم يقدر زمن. والجامع بينهما التحرير، فإن الوقف قريب من العتق ويتعلق حق الغير بما يقضى من ريعه كسعاية العبد، بل إنه أمكن إذ قد يموت العبد قبل أداء السعاية والعقار باق رعاية للمصلحة، فليتأمل اهـ ما في شرح الوهبانية.

قلت: وفيه نظر لظهور الفرق بين الوقف والعتق، فإن العتق عقد لازم واستهلاك للرهن من كل وجه، بخلاف الوقف، فإنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند الإمام، ولهذا يدوم الثواب بدوامه لبقائه على ملكه، وقد وقع الخلاف في عوده إلى ملك الواقف بعد خرابه وفي جواز بيعه إذا أطلقه القاضي للواقف أو وارثه كما مر، بخلاف العبد بعد العتق، فإنه لا خلاف في عدم عوده إلى الملك، فلذا كان الوقف موقوفاً على الفكاك، فإذا افتكه نفذ، وإن لم يفتكه حتى مات وترك مالاً فيه يفتك منه، وإن لم يترك ما لا يبطل لتعذر الفكاك من العين بعينه، والمنفعة كالكسب خارجة عن الرهن، فإن الذي كان للمرتهن فيه حق الحبس إنما هو العين، وأما العبد فلا يمكن رده بعد العتق إلى الملك بوجه فلذا يستسعى، ولأن العتق من أول الأمر صدر منجزاً غير موقوف، بخلاف الوقف، هذا ما ظهر لي. قوله: (أو للغلة يمهل) حكاية قول آخر فليست أو فيه للتخيير، لكن علمت أن هذا القول بحث غير منقول.

قلت: لكن في معروضات المفتي أبي السعود: سئل عمن وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح؟ فأجاب: لا يصح، ولا يلزم والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل بالدين انتهى، فليحفظ (الوقف) على ثلاثة أوجه (إما للفقراء أو للأغنياء ثم الفقراء أو يستوي فيه الفريقان كرباط وخان ومقابر وسقايات وقناطر ونحو ذلك) كمساجد وطواحين وطست لاحتياج الكل لذلك، بخلاف الأدوية فلم يجز لغني بلا تعميم أو تخصيص فيدخل الأغنياء تبعاً للفقراء. قنية.

فرع: أقر بوقف صحيح[1] وبأنه أخرجه من يده

وأنه قياس مع الفارق فهو غير مقبول. قوله: (قلت لكن الخ) استدراك على قوله صحح اهـ ح. والأقرب أنه استدراك على ما في الوهبانية فإنه في معناه أيضاً.

مَطْلَبٌ فِي وَقْفِ الرَّاهِنِ وَالْمَرِيضِ الْمَدْيُونِ

قوله: (فأجاب لا يصح ولا يلزم الخ) هذا مخالف لصريح المنقول كما قدمناه عن الذخيرة والفتح، إلا أن يخصص بالمريض المديون. وعبارة الفتاوى الإسماعيلية: لا ينفذ القاضي هذا الوقف ويجبر الواقف على بيعه ووفاء دينه، والقضاة ممنوعون من تنفيذه كما أفاده المولى أبو السعود اهـ. وهذا التعبير أظهر، وحاصله أن القاضي إذا منعه السلطان عن الحكم به كان حكمه باطلاً لأنه وكيل عنه، وقد نهاه الموكل صيانة لأموال الناس، ويكون جبره على بيعه من قبيل إطلاق القاضي بيع وقف لم يسجل، وقد مر الكلام فيه، ويتبقى ترجيح بطلان الوقف بذلك للضرورة. قوله: (أو للأغنياء ثم الفقراء) أما للأغنياء فقط فلم يجز، لأنه ليس بقربة كما مر أول الباب. قوله: (كمساجد الخ) وكذا مصاحف مساجد وكتب مدارس كما هو ظاهر مما مر عند قوله: ومنقول فيه تعامل. قوله: (لاحتياج الكل لذلك) أي للنزول في الخان والشرب من السقاية الخ. زاد في الهداية أن الفارق بين الموقوف للغلة، وبين هذا هو العرف، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء، وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء. قوله: (بخلاف الأدوية) أي الموقوفة في البيمارستانات فإن الحاجة إليها دون الحاجة إلى السقاية، فإن العطشان لو ترك شرب الماء يأثم، ولو ترك المريض التداوي لا يأثم. أفاده ح عن المنح. قوله: (فيدخل الأغنياء تبعاً) هذا في التعميم، أما في التخصيص فهم مقصودون اهـ ح. قوله: (وبأنه أخرجه من يده) أي سلمه إلى المتولي على قول

---

(١) في ط (قوله للشارح أقر بوقف صحيح) برفع الصحيح، فاعل أقر لإخراج المريض، فإن وقفه إنما ينفذ من الثلث.

وارثه يعلم خلافه جاز الوقف ولا تسمع دعوى وارثه قضاء درر وفي الوهبانية:

وتبطل أوقاف امرىء بارتداده فحال ارتداد منه لا وقف أجدر

محمد بأن ذلك شرط، وقوله: «صحيح» يغني عنه، لأن صحة الوقف باستيفاء شروطه.
قوله: (ووارثه يعلم خلافه) أي أنه لم يقفه ولم يخرجه من يده. درر. قوله: (قضاء) أما في الديانة تسمع دعواه: يعني يسوغ له السعي في إبطاله وأخذه لنفسه حيث علم أن إقرار مورثه كاذب في نفس الأمر وأنه باق على ملكه، لأن الحكم بجوازه إنما هو بناء على ما أقرّ به لا على نفس الأمر.

مَطْلَبٌ فِي وَقْفِ المُرْتَدِّ

قوله: (وتبطل أوقاف امرئ بارتداده الخ) لا محل لذكره هنا، ومحله أول الباب، وقد ذكره هناك عن الفتح.

وحاصله مسألتان: إحداهما: لو وقف، ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بطل وقفه، وإن عاد إلى الإسلام ما لم يعد وقفه بعد عوده لحبوط عمله بالردة، ونظر فيه ابن الشحنة في شرحه بأن الحبوط في إبطال الثواب، لا فيما تعلق به حق الفقراء، وأجاب الشرنبلالي في شرحه بما في الإسعاف، من أنه لما جعل آخره للمساكين وذلك قربة تبطل اهـ.

قلت: وهذا الجواب غير ملاق للسؤال، وإنما ذكره في الإسعاف جواباً عن سؤال آخر، وهو أنه إذا وقفه على قوم بأعيانهم لم يكن قربة فأجاب بما ذكر.

فالجواب الصحيح: أن الوقف على الفقراء قربة باقية إلى حال الردة، والردة تبطل القربة التي قارنتها كما لو ارتد في حال صلاته أو صومه، بخلاف ما إذا ارتد بعد صلاته أو صيامه، فإنه لا يبطل نفس الفعل، بل ثوابه فقط. وأما حق الفقراء فإنما هو في الصدقة فقط، فإذا بطل التصدق الذي هو معنى الوقف، بطل حقهم ضمناً وإن كان لا يمكن إبطاله قصداً كما يبطل في خراب الوقف وخروجه عن المنفعة. هذا ما ظهر لي فافهم.

الثانية: لو وقف في حال ردته فهو موقوف عند الإمام، فإن عاد إلى الإسلام صح، وإلا بأن مات أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه بطل. ولا رواية فيه عن أبي يوسف. وعند محمد: يجوز منه ما يجوز من القوم الذين انتقل إلى دينهم، ويصح وقف المرتدة لأنها لا تقتل إلا أن يكون على حج أو عمرة ونحو ذلك، فلا يجوز كما في شرح الوهبانية ملخصاً. قوله: (فحال ارتداد) منصوب على الظرفية متعلق باسم «لا» و«أجدر» أي أحق خبرها، والمعنى لا يكون الوقف حال الردة أحق بالبطلان من الوقف قبلها، بل ذاك أحق بالبطلان لعدم توقفه، هذا ما ظهر لي فافهم، والله سبحانه أعلم.

فَصْلٌ: يُرَاعَى شَرْطُ الْوَاقِفِ فِي إِجَارَتِهِ

فلم يزد القيم بل القاضي لأن له ولاية النظر لفقير وغائب وميت { فلو أهمل الواقف مدتها قيل تطلق } لزيادة القيم (وقيل تقيد بسنة)

مطلقاً (وبها) أي بالسنة (يفتى في الدار وبثلاث سنين في الأرض)

فصل

هذا الفصل مشتمل على بيان أحكام إجارة الوقف وغصبه والشهادة عليه والدعوى به، والمتولي عليه وما يتبع ذلك، وزاد فيه الشارح فروعاً مهمة وفوائد جمة. قوله: (يراعى شرط الواقف في إجارته) أي وغيرها لما سيأتي في الفروع من أن شرط الواقف كنص الشارع كما سيأتي بيانه، إلا في مسائل تقدمت. قوله: (فلم يزد القيم الخ) يعني إذا شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة، والناس لا يرغبون في استئجارها وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر من سنة، بل يرفع الأمر للقاضي حتى يؤجرها، لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت، وإن لم يشترط الواقف فللقيم ذلك بلا إذن القاضي كما في المنح عن الخانية، ولو استثنى فقال لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء فللقيم ذلك إذا رآه خيراً بلا إذن القاضي. إسعاف. قوله: (لفقير) أي فيما إذا كان الوقف على الفقراء، ومثله الوقف على المسجد، وكذا الوقف على أولاد الواقف، لأن منهم الفقير والغائب، بل ومن لم يخلق عند الإجارة. قوله: (وغائب وميت) فإنه يحفظ اللقطة ومال المفقود ومال الميت إلى أن يظهر له وارث أو وصي. قوله: (وقيل تقيد بسنة) لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف، فإن من رآه يتصرف بها تصرف الملاك على طول الزمان يظنه مالكاً إسعاف. قوله: (مطلقاً) أي في الدار والأرض ح. قوله: (وبثلاث سنين في الأرض) أي إذا كان لا يتمكن المستأجر من الزراعة فيها إلا في الثلاث كما قيده المصنف تبعاً للدرر حيث قال: يعني أن الأرض إن كانت مما تزرع في كل سنتين مرة، أو في كل ثلاث كان له أن يؤجرها مدة يتمكن فيها من الزراعة اهـ. ومثله في الإسعاف، وكذا في الخانية، لكن ذكر فيها بعد ذلك قوله: وعن الإمام أبي حفص البخاري أنه كان يجيز إجارة الضياع ثلاث سنين، فإن آجر أكثر اختلفوا فيه، وأكثر مشايخ بلخ لا يجوز. وقال غيرهم: يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبطله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ. فظاهره جواز الثلاث بلا تفصيل. تأمل. وأن مختار الفقيه جواز الأكثر، ولكن للقاضي إبطالها. أي إذا كان أنفع للوقف، ثم رأيت الشرنبلالي اعترض على الدرر بأنه أخرج المتن عن ظاهره، والفتوى على إطلاق المتن كما أطلقه شارح المجمع، وهو قول الإمام أبي حفص الكبير اهـ

إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك، وهذا مما يختلف زماناً وموضعاً. وفي البزازية: لو احتيج لذلك يعقد عقوداً فيكون العقد الأول لازماً لأنه ناجز،

واعلم أن المسألة فيها ثمانية أقوال ذكرها العلامة قنالي زاده في رسالته: أحدها: قول المتقدمين عدم تقدير الإجارة بمدة، ورجحه في أنفع الوسائل، والمفتى به ما ذكره المصنف خوفاً من ضياع الوقت كما علمت. قوله: (إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك) هذا أحد الأقوال الثمانية، وهو ما ذكره الصدر الشهيد من أن المختار أنه لا يجوز في الدور أكثر من سنة، إلا إذا كانت المصلحة في الجواز؛ وفي الضياع يجوز إلى ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع واختلاف الزمان اهـ. وعزاه المصنف إلى أنفع الوسائل، وأشار الشارح إلى أنه لا يخالف ما في المتن، لأن أصل عدول المتأخرين عن قول المتقدمين بعدم التوقيت إلى التوقيت إنما هو بسبب الخوف على الوقف، فإذا كانت المصلحة الزيادة أو النقص اتبعت، وهو توفيق حسن.

ومن فروع ذلك ما في الإسعاف: دار لرجل فيها موضع وقف بمقدار بيت واحد، وليس في يد المتولي شيء من غلة الوقف وأراد صاحب الدار استئجارها مدة طويلة: قالوا: إن كان لذلك الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم لا يجوز له أن يؤجره مدة طويلة، لأن فيه إبطال الوقف، وإن لم يكن له مسلك جاز اهـ. وفي فتاوى قارئ الهداية: إذ لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك يرفع الأمر للحاكم ليؤجره أكثر اهـ. أي إذا احتيج إلى عمارته من أجرته يؤجره الحاكم مدة طويلة بقدر ما يعمر به.

تنبيه: محل ما ذكر من التقييد ما إذا كان المؤجر غير الواقف لما في القنية: آجر الواقف عشر سنين ثم مات بعد خمس وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة[1] ويرجع بما بقي في تركة الميت اهـ. تأمل.

مَطْلَبٌ: أَرْضُ الْيَتِيمِ وَأَرْضُ بَيْتِ الْمَالِ فِي حُكْمِ أَرْضِ الْوَقْفِ

ثم إن أرض اليتيم في حكم أرض الوقف كما ذكره في الجوهرة، وأفتى به صاحب البحر والمصنف، كذا أرض بيت المال كما أفتى به في الخيرية، وقال من كتاب الدعوى: إن أراضي بيت المال جرت على رقبتها أحكام الوقوف المؤبدة. قوله: (لو احتيج لذلك) أي للإيجار إلى مدة زائدة عن التقدير المذكور: أي بأن لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك كما ذكرناه آنفاً عن قارئ الهداية. قوله: (يعقد عقوداً) أي عقوداً مترادفة، كل عقد سنة بكذا. خانية. والظاهر أن هذا في الدار، أما في الأرض

---

(1) في ط (قوله انتقضت الإجارة الخ) هذا خلاف المعتمد، والأصح عدم انتقاضها في الوقف بموت المؤجر ولو هو الواقف.

والثاني لا لأنه مضاف.

قلت: لكن قال أبو جعفر: الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود.

فيصح كل عقد ثلاث سنين. وصورة ذلك أن يقول: أجرتك الدار الفلانية سنة تسع وأربعين بكذا وأجرتك إياها سنة خمسين بكذا وأجرتك إياها سنة إحدى وخمسين بكذا، وهكذا إلى تمام المدة.

مطلب في لزوم الأجرة المضافة تصحيحان

قوله: (والثاني لا) أي لا يكون لازماً، وأراد بالثاني ما عدا العقد الأول، لأن جميع ما عداه مضاف، لكن قال قاضيخان وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الإجارة المضافة تكون لازمة في إحدى الروايتين وهو الصحيح، وأيضاً اعترض قاضيخان قولهم: إن احتاج القيم إلى تعجيل الأجرة يعقد عقوداً مترادفة، بأنهم أجمعوا على أن الأجرة لا تملك في الإجارة المضافة باشتراط التعجيل: أي فيكون للمستأجر الرجوع بما عجله من الأجرة، فلا يكون هذا العقد مفيداً، لكن أجاب العلامة قنالي زاده بأن رواية عدم لزوم الإجارة المضافة مصححة أيضاً، وبأن قاضيخان نفسه أجاب في كتاب الإجارات عن الثاني بقوله: لكن يجاب عنه بأن ملك الأجرة عند التعجيل فيه روايتان. فيؤخذ برواية الملك هنا للحاجة، وهذا ينافي دعوى الإجماع هنا.

قلت: وقد ذكر الشارح في أواخر كتاب الإجارة أن رواية عدم اللزوم تأيدت بأن عليها الفتوى، أي فتكون أصح التصحيحين، لأن لفظ الفتوى في التصحيح أقوى، لكن أنت خبير بأن رواية عدم اللزوم هنا لا تنفع لأنه يثبت للمستأجر الفسخ والرجوع بما عجله من الأجرة، وإن قلنا إنها تملك بالتعجيل فينبغي[1] هنا ترجيح رواية اللزوم للحاجة نظير ما قاله قاضيخان في رواية الملك.

مطلب في الإجارة الطويلة بعقود

قوله: (الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود) أي لتحقق المحذور المار فيها، وهو أن طول المدة يؤدي إلى إبطال الوقف كما في الذخيرة.

قلت: لكن الكلام هنا عند الحاجة، فإذا اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بتعجيل أجرة سنين مستقبلة يزول المحذور الموهوم عند وجود الضرر المتحقق، فالظاهر تخصيص بطلان هذه الإجارة بما عدا هذه الصورة، وهو جعلها حيلة لتطويل

---

(١) في ط (قوله فينبغي الخ) فيه أنه لا حاجة حينئذ لتعداد العقود، بل يكفي عقد واحد لثبوت المحظور في كل من الروايتين. فلا تنبيها. ويمكن أن يختار رواية عدم اللزوم، ولا نسلم قول المحشي إنها لا تنفع، لأنه [illegible] فسخ المستأجر بعد مضي [illegible] ما أخذه منه يكون ماله دينا على الوقف يأخذه بعد [illegible] فلم يوجد الفسخ ومع ذلك قد حصلت مصلحة الوقف في التعجيل.

ذكره الكرماني في الباب التاسع عشر، وأقره قدري أفندي. وسيجيء في الإجارة (ويؤجر) بأجر (المثل) ف (لا) يجوز (بالأقل) ولو هو المستحق. قارىء الهداية. إلا بنقصان يسير أو إذا لم يرغب فيه إلا بأقل أشباء (فلو رخص أجره) بعد العقد

المدة، تدبر. ثم رأيت ط نقل عن الهندية أن بعض الصكاكين أرادوا بهذه الإجارة إبقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من مدة، فقال الفقيه أبو جعفر: إنا تبطلها صيانة للوقف وعليه الفتوى، كذا في المضمرات اهـ ملخصاً. وأنت خبير بأن هذا دليل على ما قلنا من أن إبطالها عند عدم الحاجة فلا يناسب ذكره هنا، فافهم.

مَطْلَبٌ: لَا يَصِحُّ إِيجَارُ الْوَقْفِ بِأَقَلَّ مِنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ إِلَّا عَنْ ضَرُورَةٍ

قوله: (فلا يجوز بالأقل) أي لا يصح إذا كان بغبن فاحش كما يأتي. قال في جامع الفصولين: إلا عن ضرورة. وفي فتاوى الحانوتي: شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابه نائبة أو كان دين اهـ.

مَطْلَبٌ فِي اسْتِئْجَارِ الدَّارِ بِمَرْصَدٍ بِدُونِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ

قلت: ويؤخذ منه وما عزاه للأشباه جواز إجارة الدار التي عليها مرصد بدون أجرة المثل، ووجه ذلك: أن المرصد دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل في الوقف، فإذا زادت أجرة مثلها بعد العمارة التي صارت للوقف لا تلزمه الزيادة، لأنه إذا أراد الناظر إيجار هذه الدار لمن يدفع ذلك المرصد لصاحبه لا يرضى باستئجارها بأجرة مثلها الآن، لكن أفتى في الخيرية بلزوم الأجرة الزائدة، ولعله محمول على ما إذا كان في الوقف مال وأراد الناظر دفع المرصد منه، فحينئذ لا شك في لزوم الزيادة، تأمل. قوله: (ولو هو المستحق) الضمير راجع للمؤجر. وعبارة قارىء الهداية: سئل عن مستحق لوقف عليه هو ناظره آجره بدون أجرة المثل هل يصح ذلك؟ فأجاب: لا يجوز ذلك، وإن كان هو المستحق لما يصل إليه[1] من الضرر للوقف بالأجرة اهـ: أي لاحتمال موته، فيضر بمن بعده من المستحقين، وربما يتضرر الوقف أيضاً الآن إذا كان محتاجاً للتعمير. وأما ما يوجد في بعض نسخ الشرح من قوله: لجواز أن يموت قبل انقضاء المدة وتفسخ هذه الإجارة اهـ. فهو غير ظاهر، لأنها لا تفسخ بموت الناظر، على أن الضرر إنما هو في إبقائها بالأجرة القليلة لا في فسخها، لأنها إذا فسخت تؤجر بأجر المثل فلا يتضرر أحد. تأمل. ولا يجوز إرجاع الضمير في قوله: «ولو هو المستحق» إلى المستأجر، إذ الظاهر أنه لا ضرر فيه على أحد بعده لانفساخها بموته، فافهم. قوله: (إلا بنقصان يسير) هو ما يتغابن الناس فيه. إسعاف: أي ما يقبلونه ولا يعدونه غبناً

---

(١) في ط (قوله لما يصل إليه الخ) أي إلى المستحق. لكن لا بالمعنى الأول: يعني المؤجر، بل بمعنى المستحق للأجر، ففيه استخدام.

(لا يفسخ العقد) للزوم الضرر **(ولو زاد)** أجره **(على أجر مثله قيل يعقد ثانياً به**

مطلب: ليس للناظر الإقالة

قوله: **(لا يفسخ العقد)** أي لو طلب المستأجر فسخه لا يجيبه الناظر للزوم الضرر على الوقف. قال في الفتح: وليس له الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف.

مطلب فيما زاد أجر المثل بعد العقد

قوله: **(ولو زاد أجره)** أي بعد العقد على أجر مثله، أي الذي كان وقت العقد، وقيد في الحاوي القدسي الزيادة بالفاحشة. قال في البحر: وهو يدل على عدم نقضها باليسيرة، ولعل المراد بالفاحشة ما لا يتغابن الناس فيها كما مر في طرف النقصان، والواحد في العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه في كتاب الوكالة، وهذا قيد حسن يجب حفظه، فإذا كانت أجرة دار عشرة مثلاً وزاد أجر مثلها واحداً فإنها لا تنقض، كما لو أجرها المتولي بتسعة فإنها لا تنقض، بخلاف الدرهمين في الطرفين اهـ.

قلت: لكن نقل البيري وغيره عن الحاوي الحصيري أن الزيادة الفاحشة مقدارها نصف ما آجر به أو لا اهـ. وأنت خبير بأن هذا يرد ما بحثه في البحر. نعم في إجارات الخيرية ما يفيد أن المراد بها قدر الخمس، وهو فوق ما بحثه في البحر. وفي الخلاصة: إن أجره المتولي بأجر مثله أو بقدر ما يتغابن الناس فيه فإنه لا تنفسخ الإجارة، وإن جاء آخر وزاد في الأجرة درهمين في عشرة فهو يسير حتى لو أجر بثمانية وأجر مثله عشرة لا تنفسخ اهـ. فهذا صريح في أن الخمس قليل في عرفي الزيادة والنقصان، فلا تنفسخ به الإجارة. لكن في وكالة البحر عن السراج أن ما يتغابن الناس فيه نصف العشر أو أقل، فلو أكثر فلا. ثم نقل بعده تفصيلاً، وهو أن ما يتغابن الناس فيه في العروض نصف العشر وفي الحيوان العشر وفي العقار الخمس، وما خرج عنه فهو مما لا يتغابن فيه، ووجهه كثرة التصرف في العروض وقلته في العقار وتوسطه في الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف، فهذا يؤيد بحث البحر هنا، وعليه عمل الناس اليوم. وانظر ما في جامع الفصولين آخر الفصل السابع والعشرين، فإنه نقل التفصيل ثم قال: وقيل ما لا يدخل تحت تقويم المقومين مما ليس له قيمة معلومة، فلو علمت كخبز شراه بيسير الغبن لا ينفذ على الموكل، وبه يفتى. ونقل الخير الرملي في حاشيته عليه عن البحر والمنح وغيرهما أن الأخير هو الصحيح.

قلت: والظاهر أن القول بالتفصيل بيان لهذا القول. تأمل.

تنبيه: حرر في البحر أن طريق علم القاضي بالزيادة أن يجتمع رجلان من أهل البصر والأمانة فيؤخذ بقولهما معاً عند محمد، وعندهما قول الواحد يكفي اهـ. قوله: **(قيل يعقد ثانياً)** أي مع المستأجر الأول كما نبه عليه بعده، وقوله: «به» أي بأجر

على الأصح) في الأشباه. ولو زاد أجر مثله في نفسه بلا زيادة أحد فللمتولي فسخها، به يفتى. وما لم يفسخ فله المسمى (وقيل لا) يعقد به ثانياً (كزيادة واحد (تعنتاً) فإنها لا تعتبر، وسيجيء في الإجارة (والمستأجر الأول أولى من

المثل، والمراد أنه يجدد العقد بالأجرة الزائدة، والظاهر أن قبول المستأجر الزيادة يكفي عن تجديد العقد. قوله: (في الأشباه الخ) هو عين ما في المتن، لكنه نقله لأمور سكت عنها المتن. أولها: أنه ليس المراد بالزيادة ما يشمل زيادة تعنت: أي إضرار من واحد أو اثنين فإنها غير مقبولة، بل المراد أن تزيد في نفسها عند الكل كما صرح به الإسبيجابي، وأفاد أن الزيادة من نفس الوقف لا من عمارة المستأجر بماله لنفسه كما في الأرض المحتكرة لأجل العمارة كما مرّ قبل الفصل. ثانيها: التصحيح بأنه به يفتى فإنه أقوى. ثالثها: أنه لا ينفسخ العقد بمجرد الزيادة بل يفسخه المتولي كما حرره في أنفع الوسائل وقال: فإن امتنع يفسخه القاضي. رابعها: أنه قبل الفسخ لا يجب إلا المسمى وإنما تجب الزيادة بعده. قوله: (وقيل لا يعقد به ثانياً) أي لا يفسخ ولا يعقد بناء على أن أجر المثل يعتبر وقت العقد، وهذا رواية فتاوى سمرقند، وعليها مشى في التجنيس لصاحب الهداية والإسعاف، والأولى رواية شرح الطحاوي بناء على أن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً والوقف يجب له النظر. قوله: (والمستأجر الأول أولى الخ) تقييد لقوله: «يعقد ثانياً» والمراد إذا كان مستأجراً إجارة صحيحة، وإلا فلا حق له، وتقبل الزيادة ويخرج كما في البحر. وقوله: «إذا قبل الزيادة» أي الزيادة المعتبرة عند الكل كما مر بيانها: فإن قبلها فهو الأحق، وإلا آجرها من الثاني إذا كانت الأرض خالية من الزراعة، وإلا وجبت الزيادة على المستأجر الأول من وقتها إلى أن يستحصد الزرع، لأن شغلها بملكه يمنع من صحة إيجارها لغيره، فإذا استحصد فسخ وأجر من غيره، وكذا لو كان بنى فيها أو غرس، لكن هنا يبقى إلى انتهاء العقد لأنه لا نهاية معلومة للبناء والغراس، بخلاف الزرع، فإذا انتهى العقد فقد مر بيانه قبل الفصل في قوله: «وأما حكم الزيادة في الأرض المحتكرة الخ» وقدمنا أن المناسب ذكرها هنا.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي مَعْنَى قَوْلِهِمْ الْمُسْتَأْجِرُ الْأَوَّلُ أَوْلَى

تنبيه: قد علم مما قررناه أن قولهم إن المستأجر الأول أولى إنما هو فيما إذا زادت أجرة المثل في أثناء المدة قبل فراغ أجرته وقد قبل الزيادة، أما إذا فرغت مدته، فليس بأولى، إلا إذا كان له فيها حق القرار، وهو المسمى بالكردار على ما قدمناه مبسوطاً في مسألة الأرض المحتكرة من أن له الاستبقاء بأجرة المثل دفعاً للضرر عنه، مع عدم الضرر على الوقف، وأن هذا مستثنى من إطلاق عبارات المتون والشروح المفيدة لوجوب القلع والتسليم بعد مضي مدة الإجارة، فهذا وجه كونه أحق بالاستئجار

غيره إذا قبل الزيادة والموقوف عليه الغلة) أو السكنى (لا يملك الإجارة) ولا الدعوى لو غصب منه الوقف.

من غيره. وأما وجهه في مسألة زيادة أجرة المثل في أثناء المدة، فهو أن مدة إجارته قائمة لم تنقض، وقد عرض في أثنائها ما يسوغ الفسخ وهو الزيادة العارضة، فإذا قبلها ورضي بدفعها كان أولى من غيره لزوال ذلك المسوغ في أثناء مدته، فلا يسوغ فسخها وإيجارها لغيره، بل تؤجر منه بالزيادة المذكورة إلى تمام مدته، ثم يؤجرها ناظر الوقف لمن أراد، وإن قبل المستأجر الأول الزيادة لزوال علة الأحقية وهي بقاء مدة إجارته إلا إذا كان له فيها حق القرار فهو أحق من غيره، ولو بعد تمام المدة لهذه العلة الأخرى كما علمت. وبهذا ظهر أن المستأجر لأرض الوقف ونحوها من حانوت أو دار، إذا لم يكن له فيها حق القرار المسمى بالكردار لا يكون أحق بالاستئجار بعد فراغ مدة استئجاره، سواء زادت أجرة المثل أو لا، وسواء قبل الزيادة أو لا، خلافاً لما يفهمه أهل زماننا من أنه أحق من غيره مطلقاً، ويسمونه ذا اليد، ويقولون: إنه متى قبل الزيادة العارضة لا تؤجر لغيره، ويحكمون بذلك ويفتون به مع كونه مخالفاً لما أطبقت عليه كتب المذهب من متون وشروح وفتاوى، بل مستندهم إطلاق عبارة المصنف هنا، وهو باطل قطعاً لما علمت من أنه مصور في زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة[1] الإجارة كما هو صريح عباراتهم، ولم يقل أحد بإطلاقه، ولا يخفى مع ذلك ما فيه من الفساد وضياع الأوقاف حيث لزم من إبقاء أرض الوقف بيد مستأجر واحد مدة مديدة تؤدي إلى دعوى تملكها، مع أنهم منعوا من تطويل مدة الإجارة خوفاً من ذلك كما علمته، وهذا خلاصة ما ذكرته في رسالتي المسماة تحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة، ومن راجعها يظهر له العجب العجاب وتقف على حقيقة الصواب، والحمد لله المنعم الوهاب.

مَطْلَبٌ: المَوْقُوفُ عَلَيْهِ لا يَمْلِكُ الإِجارَةَ

قوله: (لا يملك الإجارة) لأنه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الإجارة، وإلا لملك أكثر مما يملك[2] بخلاف الإعارة ط. قوله: (ولا الدعوى لو غصب منه الوقف) ظاهره أنه لا يملك دعوى العين فقط، مع أن دعوى الغلة كذلك. ففي جامع الفصولين: ادعى الموقوف عليه أنه وقف عليه، لو ادعاه بإذن القاضي يصح

---

(1) في ط (قوله في زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة الخ) قال شيخنا: لكن رأيت في بعض شروح الأشباه [illegible] أن الزيادة بعد تمام المدة على المستأجر الأول إن قبلها لا تؤجر من غيره [illegible] [illegible] فهذا يؤيد ما عليه العمل اليوم.

(2) في ط (قوله وإلا لملك أكثر مما يملكه الخ) أي وهذا ممنوع [illegible] [illegible]

وفاقاً، وبغير إذنه ففيه روايتان، والأصح أنه لا يصح، لأن له حقاً في الغلة لا غير، فلا يكون خصماً في شيء آخر، ولو كان الموقوف عليه جماعة فادعى أحدهم أنه وقف بغير إذن القاضي لا يصح رواية واحدة، ومستحق غلة الوقف لا يملك دعوى غلة الوقف وإنما يملكه المتولي اهـ.

مَطْلَبٌ في دَعْوَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ

فأفاد أن دعوى الموقوف عليه في الغلة كدعوى عين الوقف، لكن تعليله للأصح بأن له حقاً في الغلة لا غير يفيد صحة دعواه بها، وقد يجاب بأن عدم سماع دعواه في الغلة إذا كان الموقوف عليهم جماعة بخلاف ما إذا كان واحداً، وادعى بها لأنه يريد إثبات حقه فقط، ويؤيده قوله بعد ما مر. ولو كان الوقف على رجل معين قيل يجوز أن يكون هو المتولي بغير إطلاق القاضي إذ الحق لا يعدوه، ويفتى بأنه لا يصح، لأن حقه أخذ الغلة لا التصرف في الوقف اهـ. فإذا كان حقه أخذ الغلة وغصبها غاصب، ينبغي أن لا يتردد في سماع دعواه عليه ليصل إلى حقه. وفي فتاوى الحانوتي: والحق أن الوقف إذا كان على معين تصح الدعوى منه، وظاهره سماعها على عين الوقف أيضاً، ولذا قال في نور العين: إن الغلة نماء الوقف فبزوال الوقف تزول الغلة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شطر حقه فينبغي أن تكون رواية الصحة هي الأصح اهـ. واستشهد في البزازية لهذه الرواية بعدة مسائل عن الخصاف.

قلت: وكذا في الإسعاف: ادعى أحد الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع الوقف من الغاصب وسلمه إليه وبرهن، أو نكل الآخر يقضى عليه بقيمته ويشترى بها ضيعة توقف كالأول اهـ. وفي التاترخانية عن المحيط: أرض في يد رجل يزعم أنها ملكه فادعى قوم أنه وقفها عليهم: قبلت بينتهم وحكمت عليه بالوقف وأخرجتها من يده. قال: وهذه المسألة تصريح بأن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة اهـ.

قلت: ومثله ما لو ادعى رجل على المتولي بأنه من الموقوف عليهم، وأن له حقاً في غلة الوقف أو بأن حقه فيها كذا أكثر مما كان يعطيه، وينبغي عدم التردد أيضاً في سماعها لأنه يريد مجرد إثبات حقه، ويؤيده ما في الإسعاف: لو منع الواقف أهل الوقف ما سمى لهم فخاصموه به ألزمه القاضي بدفع ما في يده من غلته اهـ. وكذا ما سيذكره الشارح بعد صفحة عن المصنف والخانية، وذكر في البزازية في الفصل السادس من الوقف عدة مسائل من هذا القبيل. منها: دعواه أنه من فقراء القرابة، فراجعه. وسيذكر المصنف أن بعض المستحقين ينتصب خصماً عن الكل إذا كان أصل الوقف ثابتاً، وهو صريح في صحة دعوى أحد الموقوف عليهم، ولم يقيده بإذن

(إلا بتولية) أو إذن قاض، ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى عمادية، لأن حقه في الغلة لا العين، وهل يملك السكنى من يستحق الريع؟ في الوهبانية لا، وفي شرحها للشرنبلالي والتحرير نعم (و) الموقوف (إذا آجره المتولي بدون أجر المثل لزم المستأجر) لا المتولي كما غلط فيه بعضهم (تمامه)

القاضي فيحمل ما مر من عدم سماعها رواية واحدة على ما إذا لم يكن أصل الوقف ثابتاً، وهذا مؤيد لما قلناه من صحة دعواه على المتولي بأنه من الموقوف عليهم أو باستحقاقه، فتأمل هذا.

واعلم: أن عدم ملكه الدعوى في عين الوقف لا ينافي قبول الشهادة لأنها تقبل حسبة وإن لم تصح الدعوى، كما سيذكره المصنف قريباً ويأتي بيانه، بل سيأتي متناً أنه لو باع داراً ثم ادعى أني كنت وقفتها أو قال وقف عليّ لم يصح، ولو أقام بينة قبلت، ويأتي تمام الكلام عليه.

مَطْلَبٌ: إذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مُعَيَّنٍ فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمُتَوَلِّي

قوله: (إلا بتولية) أي بأن يكون متولياً من قبل أو ينصبه القاضي متولياً ليسمع دعواه كما في البزازية، وفيها أيضاً أنه تصح دعوى الواقف. قوله: (أو إذن قاض) بالدعوى والإيجار. قوله: (ولو وقف على رجل معين الخ) هذا في الدعوى، وقد علمت بيانه، وأما في الإيجار فلم يذكره في العمادية على هذا الوجه، بل قال: الموقوف عليهم لم يملكوا إجارة الوقف. وقال الفقيه أبو جعفر: لو كان الأجر كله للموقوف عليه، بأن كان لا يحتاج إلى العمارة ولا شريك معه في الغلة، فحينئذ يجوز في الدور والحوانيت، وأما الأراضي فإن شرط الواقف تقديم العشر والخراج وسائر المؤن، وجعل للموقوف عليه الفاضل لم يكن له أن يؤجرها، لأنه لو جاز كان كل الأجر له بحكم العقد، فيفوت شرط الواقف، ولو لم يشترط يجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤن عليه اهـ. ونحوه في الإسعاف.

مَطْلَبٌ فِي إيجَارِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إذَا كَانَ مُعَيَّناً

فقد علم صحة إيجار الموقوف عليه إذا كان معيناً بهذه الشروط، ويشترط أيضاً أن يؤجر بأجرة المثل، وإلا لم يصح كما مر عن قارىء الهداية.

قلت: وينبغي عدم التردد في صحة إيجاره إذا شرط الواقف التولية والنظر للموقوف عليهم، أو للأرشد منهم وكان هو الأرشد، أو لم يوجد غيره لأنه حينئذ يكون منصوب الواقف. قوله: (وهل يملك السكنى الخ) قدمنا بيان ذلك عند قول المتن: «ولو أبى أو عجز أمر الحاكم بأجرها». قوله: (كما غلط فيه بعضهم) منشأ غلطه أنه وقع في عبارة الخلاصة لزمه فأرجع ذلك البعض الضمير للمتولي. مع أنه

أي تمام أجر المثل (كأب) وكذا وصي. خانية (أجر منزل صغيره بدونه) فإنه يلزم المستأجر تمامه إذ ليس لكل منهما ولاية الحط والإسقاط. وفي الأشباه عن القنية: أن القاضي يأمره بالاستئجار بأجر المثل، وعليه تسليم زود السنين الماضية، ولو كان القيم ساكتاً مع قدرته على الرفع للقاضي لا غرامة عليه. وإنما هي على المستأجر، وإذا ظفر الناظر بمال الساكن فله أخذ النقصان منه فيصرفه في مصرفه قضاء وديانة اهـ. فليحفظ.

قلت: وقيد بإجارة المتولي لما في غصب الأشباه لو آجر الغاصب ما منافعه مضمونة من مال وقف أو يتيم أو معد فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل

للمستأجر كما نبه عليه العلامة قاسم في فتاواه مستنداً إلى النقول الصريحة.

مطلبٌ: إذا آجر المتولي بغبن فاحش كان خيانة

لكن قال في البحر: ينبغي أن يكون ذلك خيانة من المتولي لو عالماً بذلك. وذكر الخصاف أن الواقف أيضاً إذا آجر بالأقل مما لا يتغابن الناس فيه لم تجز، ويبطلها القاضي؛ فإن كان الواقف مأموناً وفعل ذلك على طريق السهو والغفلة أقره القاضي في يده، وأمره بإجارتها بالأصلح؛ وإن كان غير مأمون أخرجها من يده وجعلها في يد من يثق بدينه، وكذا إذا آجرها الواقف سنين كثيرة ممن يخاف أن يتلف في يده يبطل القاضي الإجارة ويخرجها من يد المستأجر اهـ. فإذا كان هذا في الواقف فالمتولي أولى اهـ. قوله: (لكل منهما) الأولى لمنهما ليدخل المتولي ط. قوله: (وعليه تسليم زود السنين[1] الماضية) لا ينافي هذا ما مر من أن الإجارة ما لم تفسخ، كان على المستأجر المسمى لأن موضوعه فيما إذا آجر أولاً بأجرة المثل، ثم زاد الأجر في نفسه ط: أي فالإجارة وقعت من ابتدائها صحيحة بخلاف ما هنا. قوله: (لا غرامة عليه) وعليه الحرمة ولا يعذر، وكذا أهل المحلة. قال في الأشباه عن القنية: لا يعذر أهل المحلة في الدور والحوانيت المسبلة إذا أمكنهم رفعه. قال في شرح الملتقى: فيأثم كلهم بنفس السكوت، فما بالك بالمتولي، والجابي والكاتب إذا تركوها ولا سيما لأجل الرشوة، نعوذ بالله تعالى اهـ ط. قوله: (بمال الساكن) يعني وكان من جنس حقه. ط عن الحموي. قوله: (قضاء وديانة) مرتبط بقوله أخذ ط. قوله: (ما منافعه مضمونة) أي على الغاصب ح. قوله: (أو معد) أي للاستغلال. قوله: (فعلى المستأجر المسمى) يعني للغاصب كما يفيده ما بعده. قال العلامة البيري: الصواب أن هذا مفرع على قول المتقدمين، أما على ما عليه المتأخرون فعلى الغاصب أجر المثل اهـ: أي إن كان ما

---

(١) في ط (قوله زود السنين) فيه أن مصدر ازداد الزيد بالياء.

المثل، وعلى الغاصب ردّ ما قبضه لا غير لتأويل العقد انتهى فيحفظ (**يفتى بالضمان في غصب عقار الوقف وغصب منافعه**) أو إتلافها كما لو سكن بلا إذن أو أسكنه المتولي بلا أجر كان على الساكن أجر المثل، ولو غير معدّ

قبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه، فلو أكثر يرد الزائد أيضاً لعدم طيبه له كما حرره الحموي، وتبعه السيد أبو السعود.

قلت: وينبغي على قول المتأخرين المفتى به، وتضمين منافع مال الوقف واليتيم والمعد أن له تضمين المستأجر أيضاً تمام أجر المثل، كما لو آجره المتولي بدون أجر المثل كما مر. تأمل. قوله: (**لتأويل العقد**) ليس هذا في عبارة الأشباه ط. قوله: (**في غصب عقار الوقف**) بأن كان أرضاً أجرى عليها الماء حتى صارت لا تصلح للزراعة. قوله: (**وغصب منافعه**) يشمل ما لو عطله(*) ولم ينتفع به كما يدل عليه قوله: «أو إتلافها» فإن الأصل في العطف المغايرة، فإن إتلافها بالاستعمال ولذا قال: كما لو سكن الخ، ويدل عليه أيضاً ما سيأتي في الغصب من قول المصنف تبعاً للدرر: لا تضمن منافع الغصب استوفاها أو عطلها إلا في ثلاث، فمقتضاه ضمانها فيها بالاستيفاء، أو التعطيل، فقول الشرنبلالية هنا: وينظر ما لو عطل المنفعة هل يضمن الأجرة كما لو سكن اهـ؟ لا محل له. نعم وقع في الخصاف: لو قبض المستأجر الأرض في الإجارة الفاسدة، ولم يزرع لا أجر عليه، وكذلك الدار إذا قبضها ولم يسكنها اهـ. لكنه مبني على قول المتقدمين كما صرح به في الإسعاف، ومفاده لزوم الأجرة بالتمكن في الفاسدة على قول المتأخرين، وسيذكره الشارح في أول الإجارات عن الأشباه (**قوله أو أسكنه المتولي**) أي أسكن فيه غيره، إلا إذا كان موقوفاً للسكنى وانحصرت فيه، فإن له إعارته، ولو سكنه المتولي بنفسه، ولم يكن للسكنى فإنه يلزمه أجر المثل، بل قدمنا عن خزانة المفتين أنه لو زرع الوقف لنفسه يخرجه القاضي من يده.

مَطْلَبٌ: سُكْنَى الْمُشْتَرِي دارَ الْوَقْفِ

قوله: (**كان على الساكن أجر المثل**) حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري، ثم أبطل القاضي البيع كان على المشتري أجرة المثل. فتح. وبه أفتى الرملي وغيره كما قدمناه، وما في الإسماعيلية من الإفتاء بخلافه تبعاً للقنية فهو ضعيف كما صرح به في البحر، وحتى ما لو كان الوقف مسجداً أو مدرسة سكن فيه فتجب فيه أجرة المثل، كما أفتى به في الحامدية. قال: وأفتى به الجد والعم والرملي

(*) في ط (قوله يشمل ما لو عطله الخ) هذا الشمول يقتضي أن للغصب صورة أخرى غير صورة التعطيل، ولعل صورة غصب العين بإجراء الماء عليها من صورة غصب المنافع أيضاً لما فيه من التعطيل ضمناً.

للاستغلال، به يفتى صيانة للوقف، وكذا منافع مال اليتيم. درر (وكذا) يفتى (بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه) حاوي القدسي، ومتى قضى بالقيمة شرى بها عقاراً آخر فيكون وقفاً بدل الأول (و) الذي (تقبل فيه الشهادة) حسبة (بدون الدعوى) أربعة عشر: منها الوقف على ما في الأشباه، لأن حكمه التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى. بقي لو الوقف على معينين هل تقبل بلا دعوى؟ في الخانية ينبغي، لا اتفاقاً. وفي شرح الوهبانية للشيخ حسن: وهذا التفصيل هو المختار.

والمقدسي، وكذا ما لو كان بعضه ملكاً وسكنه الشريك كما مر أول الشركة. قوله: (وكذا منافع مال اليتيم) دخل فيه ما لو سكنته أمه مع زوجها فيلزم الزوج الأجرة، وكذا شريك اليتيم، كما سيأتي تحريره في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى؛ وكذا ما لو شراها أحد ثم ظهر أنها ليتيم كما في جامع الفصولين. قوله: (فيما اختلف العلماء فيه) حتى نقضوا الإجارة عند الزيادة الفاحشة، نظراً للوقف، وصيانة لحق الله تعالى كما في الحاوي القدسي أيضاً: أي مع أن في المسألة قولين مصححين، وكذا أفتوا بالضمان في غصب عقاره ومنافعه مع أن العقار لا يضمن بالغصب عندهما بل عند محمد وزفر والشافعي، وكذا في مسائل كثيرة منها عدم استبدال ما قل ريعه، وكذا صحة الوقف على النفس وعدم صحة الإجارة مدة طويلة كما مر، والتتبع ينفي الحصر، فافهم. قوله: (ومتى قضى بالقيمة) أي بأن غصب أرضاً وأجرى عليها الماء، حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة. إسعاف. وقدمنا عن جامع الفصولين: لو غصب وقفاً فنقص، يؤخذ نقصه يصرف إلى مرمته لا إلى أهل الوقف لأنه بدل الرقبة، وحقهم في الغلة لا في الرقبة اهـ. قوله: (فيكون وقفاً بدل الأول) أي بلا توقف على تلفظ بوقفه كما في معين المفتي وغيره، كذا في شرح الملتقى ط. قوله: (حسبة) الحسبة بالكسر الأجر كما في القاموس: أي لقصد الأجر، لا لإجابة مدع. أفاده ط.

مَطْلَبٌ: الْمَوَاضِعُ الَّتِي تُقْبَلُ فِيهَا الشَّهَادَةُ حِسْبَةً بِلَا دَعْوَى

قوله: (أربعة عشر) وهي الوقف، وطلاق الزوجة، وتعليق طلاقها، وحرية الأمة وتدبيرها، والخلع، وهلال رمضان، والنسب، لكن في البحر خلافه، وحد الزنا، وحد الشرب، والإيلاء، والظهار، وحرمة المصاهرة، ودعوى المولى نسب العبد اهـ.

قلت: ويزاد الشهادة بالرضاع كما مشى عليه المصنف في بابه. قوله: (منها الوقف) أي الشهادة بأصله لا بريعه أشباه، وأما الدعوى به أو بريعه فقد مر الكلام عليها ويأتي قريباً، ويأتي بيان المراد بأصله. قوله: (وهذا التفصيل) أي بين ما إذا كان الوقف على معينين فلا تقبل، وبين ما إذا قامت على أنه للفقراء أو للمسجد ونحوه فتقبل. قوله:

وفي التاترخانية: إن هو حق الله تعالى تقبل، وإلا لا، إلا بالدعوى، فليحفظ.

قلت: لكن بحث فيه ابن الشحنة، ووفق المصنف بقبولها مطلقاً لثبوت أصل الوقف لمآله للفقراء وباشتراط الدعوى، لثبوت الاستحقاق لما في الخانية لو كان ثمة مستحق ولم يدع لم يدفع له شيء من الغلة وتصرف كلها للفقراء.

(وفي التاترخانية) هو عين التفصيل اهـ ح. قوله: (لكن بحث فيه ابن الشحنة الخ) أي بحث في الإطلاق المذكور في المتن اهـ ح. والأصوب إبداله بابن وهبان، ويعود الضمير إلى التفصيل. قال المصنف في المنح نقلاً عن الخانية: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم، لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى اهـ. قال ابن وهبان: وهذا التفصيل غير محتاج إليه، لأن الوقف وإن كان على قوم بأعيانهم فآخره لا بد وأن يكون لجهة برّ لا تنقطع كالفقراء وغيرهم، فالشهادة تقبل بحقهم إما حالاً أو مآلاً اهـ. قال ابن الشحنة: التفصيل لا بد منه لأن البينة إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم لا بد فيه من الدعوى لثبوت استحقاقهم، وتناولهم وإن كان آخره ما ذكر، بخلاف ما إذا قامت على أنه وقف على الفقراء أو المسجد أو نحو ذلك اهـ.

قال المصنف: أقول: ما ذكره ابن وهبان ظاهر جداً، وما ذكره ابن الشحنة لا ينهض حجة عليه، لأن كلام ابن وهبان في أن ثبوت أصل الوقف لا يحتاج إلى الدعوى مطلقاً وإن كان المستحق لا يدفع له شيء على تقدير عدم دعواه، وكلام ابن الشحنة في ثبوت الاستحقاق للموقوف عليه المعين، ولا شك في توقفه على الدعوى اهـ.

قلت: لكن في الحادي عشر من دعوى البزازية: باع أرضاً ثم ادعى أنه كان وقفها أو قال: وقف عليّ، فإن لم تكن له بينة وأراد تحليف البائع[1] لا يحلف لعدم صحة الدعوى للتناقض، وإن برهن: قال الفقيه أبو جعفر: يقبل ويبطل البيع لعدم اشتراط الدعوى في الوقف كما عتق الأمة، وبه أخذ الصدر. والصحيح أن الإطلاق غير مرضي، فإن الوقف لو حق الله تعالى فالجواب ما قاله، وإن حق العبد لا بد فيه من الدعوى اهـ. وأنت خبير بأن الوقف لا بد أن يكون فيه حق الله تعالى إما حالاً أو مآلاً، وهذا التصحيح للتفصيل المار عن الخانية يقتضي أن المنظور إليه الحال لا المآل، وإلا لم يصح قوله وإن حق العبد الخ، وهذا خلاف ما قاله ابن وهبان حيث جعل الوقف كله حقاً لله تعالى باعتبار المآل، ومؤيد لما قاله ابن الشحنة حيث اعتبر فيه الحال، لكن قد يقال: التحقيق أن الوقف من حيث هو حق الله تعالى لأنه تصدق بالمنفعة، فلا تشترط له الدعوى، لكن إذا كان أوله على معين وأريد إثبات استحقاقه اشترط له الدعوى وإن ثبت أصل الوقف بدونها فثبت ما قاله المصنف، وهذا في

---

(١) في ط (قوله وأراد تحليف البائع) كذا عبارة البزازية، والظاهر أن صوابه المشتري.

قلت: ومفاده أنه لو ادعى استحق مع أنها لا تسمع منه على المفتى به إلا بتولية كما مر، فتدبر. وفي الأشباه: لنا شاهد حسبة في أربعة عشر وليس لنا مدع حسبة إلا في دعوى الموقوف عليه أصل الوقف فإنها تسمع عند البعض، والمفتى به لا إلا بالتولية، فإذا لم تسمع دعواه فالأجنبي أولى انتهى.

الحقيقة تحقيق وتلفيق بين القولين وتوفيق بنظر دقيق، لكن لو كان المدعي هو البائع لا يمكن إثبات استحقاقه لأنه متناقض فلا تصح دعواه وتبقى البينة مسموعة لإثبات أصل الوقف، ويأتي له زيادة بيان عند قوله: «باع داره». قوله: (إلا بتولية) أي أو بإذن قاض. قوله: (كما مر) أي عن العمادية، لكن فيه أن ما مر في دعوى عين الوقف لو غصبه غاصب، أما دعوى المستحق استحقاقه من غلة الوقف فلا شبهة في صحتها ولا تحتاج إلى التدبر أفاده ح.

قلت: قدمنا التصريح بأن مستحق غلة الوقف لا يملك الدعوى بها وهو مشكل يحتاج إلى التدبير، وقدمنا بيانه وقوله: «فلا شبهة الخ» مؤيد لما قدمناه. قوله: (لنا شاهد حسبة في أربعة عشر) هذا مكرر بما تقدم، فالأولى الاقتصار على ما هنا. أفاده ط. قوله: (وليس لنا مدع حسبة) بتنوين مدع ونصب حسبة على التمييز. وفي بعض النسخ «مدعي» بالياء، فهو مضاف، وحسبة مجرور به. قوله(قوله والمفتى به لا) أي لا تسمع دعواه فلا يحلف الخصم لو أنكر كما قدمناه آنفاً عن البزازية، لكن لو أقام بينة تقبل بطريق الحسبة كما علمت تحريره قوله(فالأجنبي أولى) قال في الأشباه عقب هذا: وظاهر كلامهم أنها لا تسمع من غير الموقوف عليه اتفاقاً اهـ. أي لأن الخلاف مذكور في دعوى الموقوف عليه هل تسمع أم لا؟ والمفتى به لا، فظاهره أن الأجنبي لا تسمع دعواه اتفاقاً اهـ. لكن قال العلامة البيري. بل الظاهر من كلامهم أن الخلاف فيه أيضاً، لأن محل النزاع كون المحل قابلاً لدعوى الحسبة أم لا، فمن قال بأنه قابل جوز ذلك من الموقوف عليه كما لا يخفى اهـ. وحينئذ يتجه ما مر من التفصيل، فإذا كانت الدعوى لإثبات عين الوقف يكون حق الله تعالى فتسمع فيه الدعوى حسبة من الموقوف عليه وغيره، إلا إذا باع الوقف ثم ادعى فلا تسمع دعواه، وأما البينة فإنها تقبل مطلقاً إلا إذا كانت لإثبات غلة الوقف فلا تقبل بلا دعوى صحيحة وتقدم الكلام فيه، ثم لا يخفى أن شاهد الحسبة لا بد أن يدعي ما يشهد به إن لم يوجد مدع غيره، وعلى هذا فكل ما تقبل فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة. وهذا ينافي ما مر عن الأشباه، إلا أن يكون مراده أنه لا يسمى مدعياً، أو أن مدعي الحسبة لا يحلف له الخصم عند عدم البينة فلا يتحقق بدون الشهادة فلذا نفاه، فليتأمل. وفي الفصولين: وفي عتق الأمة والطلاق قيل يحلف وقيل لا.

وقد مر قبيله.

(ويشترط) في دعوى الوقف ولو الوقف قديماً (بيان الواقف) (في الصحيح) بزازية، لئلا يكون إثباتاً للمجهول، وفي العمادية: تقبل (و) تقبل فيه (الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والشهادة بالشهرة[1]) لإثبات أصله

تنبيه: شاهد الحسبة إذا أخرها لغير عذر لا تقبل شهادته. أشباه عن القنية. وقال ابن نجيم في رسالته المؤلفة فيما تسمع فيه الشهادة حسبة، ومقتضاه أن الشاهد في الوقف كذلك. قوله: (وقد مر) أي عدم سماع الدعوى من المرتزق عليه لو غصب منه الوقف إلا بتولية مع زيادة قوله ولو الوقف على معين. ولا يخفى أن الدعوى على الغاصب دعوى أصل الوقف، أي لا دعوى الغلة، فافهم. قوله: (لئلا يكون إثباتاً للمجهول) هذا بناء على قول الإمام: إن الوقف حبس أصل العين على ملك الواقف، فلا بد من ذكره. أفاده المصنف ط. قوله: (وفي العمادية تقبل) أي من غير بيان الواقف، وهو قول أبي يوسف، وعليه مشايخ بلخ كأبي جعفر وغيرهم، وعليه اقتصر الخصاف، ومقتضى كون الفتوى على قول أبي يوسف في الوقف أنه يفتى بقوله هنا. أفاده في المنح ط. وفي الخيرية: وقف قديم مشهور لا يعرف واقفه استولى عليه ظالم فادعى المتولي أنه وقف على كذا مشهور وشهدا بذلك فالمختار أنه يجوز ويصرف إلى حامي المصوبين. وفي الإسعاف عن الخانية: وتصح دعوى الوقف والشهادة به من غير بيان الواقف.

مطلب في دعوى الوقف بلا بيان الواقف وبلا بيان أنه وقف وهو يملكه

تنبيه: ذكر في الإسعاف أن الدعوى أن هذه الأرض وقفها فلان علي وذو اليد يجحد ويقول هي ملكي لا يصح، وإن شهدت البينة أنها كانت في يده يوم وقفها لأن الإنسان قد يقف ما لا يملكه وهو بيده بإجارة أو إعارة أو غصب، ومفاده أنه لا بد من بيان الواقف وبيان أنه وقفه وهو يملكه، وهذا ظاهر في نحو هذه الدعوى، وكذا لو اختلفا في أنه وقفه قبل أن يملكه أو بعد ما ملكه. أما لو اختصما في أن هذا وقف أو لا، أو كان وقفاً قديماً مشهوراً غصبه أحد أو استولى عليه ظالم، فهذا شرط الحكم بصحة الوقف لا للحكم بنفس الوقف. ففي فتاوى قارئ الهداية سئل: هل يشترط في صحة حكم الحاكم بوقف أو بيع أو إجارة ثبوت ملك الواقف أو البائع أو المؤجر وحيازته أم لا؟ أجاب: إنما يحكم بالصحة إذا ثبت أنه مالك لما وقفه، أو أن له ولاية الإيجار أو

---

(1) في ط (قوله والشهادة بالشهرة) إلى آخره، ولو كانت في يد شخص يدعي الملك. لكن نقل في شرح الملتقى معنا إذا كان الوقف ساحة حتى لو كان في يد شخص يدعي الملك لا بد من شهادة المعاينة، وقوله [illegible] نقله شيخنا رحمه

وإن صرحوا به: أي بالسماع في المختار، ولو الوقف على معين. حفظاً للأوقاف

البيع لما باعه بملك أو نيابة، وكذا في الوقف وإن لم يثبت شرط من ذلك لا يحكم بالصحة بين خصمين الوقف والإجارة والبيع اهـ. قوله: (الإثبات أصله) متعلق بالشهادة بالشهرة فقط ح. وفي الفتح: كل ما يتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو من أصله وما لا يتوقف عليه فهو من الشرائط.

مطلب في الشهادة على الوقف بالتسامع

قوله: (وإن صرحوا به) بأن قالوا عند القاضي: نشهد بالتسامع ط. وفي شهادات الخيرية: الشهادة على الوقف بالتسامع أن يقول الشاهد أشهد به لأني سمعته من الناس أو سبب أني سمعته من الناس ونحوه اهـ. قوله: (أي بالسماع) أشار به إلى تأويل الشهرة بالسماع فساغ تذكير الضمير فأفاد أنهما شيء واحد ط. وفي حاشية نوح أفندي: الشهادة بالشهرة أن يدعي المتولي أن هذه الضيعة وقف على كذا مشهور، ويشهد الشهود بذلك والشهادة بالتسامع أن يقول الشاهد: أشهد بالتسامع اهـ. ولا يخفى أن المآل واحد وإن اختلفت العبارة فافهم. قوله: (في المختار الخ) هذا مخالف لما في المتون من الشهادات، ففي الكنز وغيره: ولا يشهد بما لم يعاين إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف، فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له، وإن فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل. قال العيني: وإن فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع، أو فسر أنه يشهد به بالملك بمعاينة اليد، يعني برؤيته في يده لا تقبل، لأن القاضي لا يزيد علمه بذلك، فلا يجوز له أن يحكم الخ، ومثله في الزيلعي مبسوطاً. وفي شهادات الخيرية: الشهادة على الوقف بالسماع فيها خلاف، والمتون مطلقة فقد أطلقت القول بأنه إذا فسر أنه يشهد بالسماع لا تقبل، وبه صرح قاضيخان وكثير من أصحابنا اهـ. ومثله في فتاوى شيخ الإسلام علي أفندي مفتي الروم اهـ ملخصاً من مجموعة شيخ مشايخنا منلا علي التركماني.

قلت: لكن تقدم أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه. كما أشار إلى وجهه تبعاً للدرر بقوله: حفظاً للأوقاف القديمة الخ، وذكر المصنف عن فتاوى رشيد الدين أنه تقبل وإن صرحا بالتسامع، لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة، فيتيقن القاضي أنه يشهد بالتسامع لا بالعيان. فإذاً لا فرق بين السكوت والإفصاح. أشار إليه ظهير الدين المرغيناني. وهذا بخلاف ما تجوز فيه الشهادة بالتسامع فإنهما إذا صرحا به لا تقبل اهـ: أي بخلاف غير الوقف من الخمسة

القديمة عن الاستهلاك بخلاف غيره (لا) تقبل بالشهرة (لـ) لإثبات (شرائطه في الأصح) درر وغيرها. لكن في المجتبى: المختار قبولها على شرائطه أيضاً، واعتمده في المعراج وأقره الشرنبلالي وقواه في الفتح بقولهم: يسلك بمنقطع

العادة فإنه لا يتيقن فيها[٦] بأن الشهادة بالتسامع فيفرق فيها بين السكوت والإفصاح.

والحاصل: أن المشايخ رجحوا استثناء الوقف منها للضرورة: وهي حفظ الأوقاف القديمة عن الضياع، ولأن التصريح بالتسامع فيه لا يزيد على الإفصاح به، والله سبحانه أعلم. قوله: (لإثبات شرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدراً من الغلة لكذا، ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة. بحر من الشهادات. وقوله: بعد بيان الجهة متعلق بقوله: «أن يقولوا» لأن بيان الجهة هو بيان المصرف، ويأتي أنه من الأصل لا من الشرائط، فالمراد من الشرائط ما يشرطه الواقف في كتاب وقفه لا الشرائط التي يتوقف عليها صحة الوقف كالملك والإفراز والتسليم عند القائل به ونحو ذلك مما مر أول الباب. قوله: (في الأصح) وعليه الفتوى. هندية عن السراجية ط. قوله: (وأقره الشرنبلالي) وعزاه إلى العلامة قاسم.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الوَقْفِ القَدِيمِ المَجْهُولَةِ شَرَائِطُهُ وَمَصَارِفُهُ

قوله: (وقواه في الفتح بقولهم الخ) حيث قال في كتاب الشهادات: وأنت إذا عرفت قولهم ذلك لم تتوقف عن تحسين ما في المجتبى، لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اهـ: أي لأن الشهادة بالتسامع هي أن يشهد بما لم يعاينه، والعمل بما في دواوين القضاة عمل بما لم يعاين، وأيضاً قولهم: «المجهولة شرائطه ومصارفه» يفهم منه أن ما لم يجهل منها يعمل بما علم منها، وذلك العلم قد لا يكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم، وبه صرح في الذخيرة حيث قال: سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف إلى مستحقيه. قال: ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه وإلى من يصرفونه، فيبنى على ذلك لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك اهـ. فهذا عين الثبوت بالتسامع. وفي الخيرية: إن كان للوقف كتاب في ديوان القضاة المسمى في عرفنا بالسجل، وهو في أيديهم اتبع ما فيه استحساناً إذا تنازع أهله فيه، وإلا ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف كانوا يعملون وإن لم يعلم الحال فيما سبق رجعنا إلى القياس

---

(٦) في ط (قوله فإنه لا يتيقن فيها الخ) حتى لو يتيقن أن الشهادة بالتسامع من غير الوقف لا يحكم بها القاضي. أفاده شيخنا وقال: هكذا رأيته عن بعضهم.

الشرعي، وهو أن من أثبت بالبرهان حقاً حكم له به اهـ. لكن قولهم: المجهولة شرائطه الخ، يقتضي أنها لو علمت ولو بالنظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من تصرف القوام لا يرجع إلى ما في سجل القضاة، وهذا عكس[1] ما في الخيرية فتنبه لذلك.

مطلب: أحضر صكاً فيه خطوط العدول والقضاة لا يقضى به

تنبيه: ذكر في الخانية والإسعاف ادعى على رجل في يده ضيعة أنها وقف وأحضر صكاً فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب من القاضي القضاء بذلك الصك، قالوا: ليس للقاضي ذلك، لأن القاضي إنما يقضي بالحجة والحجة إنما هي البينة أو الإقرار، أما الصك فلا يصلح حجة لأن الخط يشبه الخط، وكذا لو كان على باب الدار لوح مضروب ينطق بالوقف لا يجوز للقاضي أن يقضي ما لم تشهد الشهود اهـ

قلت: وهذا بظاهره ينافي[2] ما هنا من العمل بما في دواوين القضاة، والجواب: أن العمل بما فيها استحسان كما في الإسعاف وغيره وما ذكرناه عن الخانية محله إذا لم يكن للصك وجود في سجل القضاة، أما لو وجد فيه، فإنه يعمل به كما في حواشي الأشباه، ومثله ما قدمناه من قول الخيرية إن كان للواقف كتاب الخ، ووجهه ظاهر لأنه إذا كان له كتاب موافق لما في سجل القضاة يزداد به قوة، ولا سيما إذا كان الكتاب عليه خطوط القضاة الماضين.

مطلب: لا يعتمد على الخط إلا في مسائل

فعلى هذا فقول الأشباه في أول كتاب القضاء لا يعتمد على الخط ولا يعمل به إلا في كتاب أهل الحرب بطلب الأمان إلى الإمام، وفي دفتر السمسار والصراف والبياع يستثنى منه أيضاً هذه المسألة، كما أفاده البيري فتصير المسائل المستثناة ثلاثاً، وتمام بيانه في كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب الدعوى فراجعه فإنه مهم.

مطلب في البراءات السلطانية والدفاتر الخاقانية

ثم اعلم أنه ذكر في الأشباه أنه يمكن أن يلحق بكتاب أهل الحرب البراءات

---

(١) في ط (قوله وهذا عكس الخ) يمكن أن يدعى عدم حصول العكس بحمل ما في الخيرية على عدم وجود كتاب لذلك الوقف.

(٢) في ط (قوله وهذا بظاهره ينافي الخ) فرق شيخنا بين هذه المسألة وبين مسألة العمل بما في الدواوين بأن محل العمل، إذا وجد ما يتصادق على تعيين أصل الوقف، فالعمل بالخط بما هو في عموم الشرائط، بخلاف ما هنا فإنه لو فرض صحة الحكم بالصك يكون قد حكم بالخط في أصل الوقف، خصوصاً والوقف في يد مدع التملك، أي فيلزم إبطال حق ذي اليد بمجرد الخط.

الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ما كان عليه في دواوين القضاة انتهى. وجوابه أن ذلك للضرورة والمدعى أعم. بحر (وبيان المصرف) كقولهم على مسجد كذا (من أصله) لتوقف صحة الوقف عليه فتقبل بالتسامع

السلطانية بالوظائف إن كانت العلة أنه لا يزوّر. قال العلامة البيري: والظاهر هذا. ويشهد له ما في الزكاة إذ قال أعطيتها وأظهر البراءة يجوز العمل به، وعلل بأن الاحتمال في الخط نادر كما في المصفى اهـ.

قلت: وهذا يؤيد ما ذكره الشارح في رسالة عملها في الدفتر الخاقاني المحفوظ بالخزنة السلطانية المأمونة من التزوير، إلى أن قال: فلو وجد في الدفتر أن المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية مثلاً يعمل به من غير بينة قال: وبذلك يفتي مشايخ الإسلام كما هو مصرح به في بهجة عبد الله أفندي وغيرها اهـ. لكن أفتى في الخيرية بأنه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده في الدفتر السلطاني لعدم الاعتماد على الخط. فتأمل. قوله: (والمدعى أعم) أي من كونه للضرورة أو غيرها. ولكن فيه نظر، فإن الكلام في جهل الشرائط كما علمت، وعند علمها لا حاجة إلى إثباتها فالكلام عند الضرورة لا أعم فكلام الكمال أتم. فافهم. قوله: (وبيان المصرف من أصله) مبتدأ وخبر. أي فتقبل الشهادة على المصرف بالتسامع كالشهادة على أصله، لأن المراد بأصله كل ما تتوقف عليه صحته وإلا فهو من الشرائط كما قدمناه. وكونه وقفاً على الفقراء أو على مسجد كذا تتوقف عليه صحته، بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد أو للذرية فهو من الشرائط لا من الأصل. ولعل هذا مبني على قول محمد باشتراط التصريح في الوقف بذكر جهة لا تنقطع، وتقدم ترجيح قول أبي يوسف بعدم اشتراط التصريح به، فإذا كان ذلك غير لازم في كلام الواقف فينبغي أن لا يلزم في الشهادة بالأولى لعدم توقف الصحة عليه عنده، ويؤيده هذا ما في الإسعاف والخانية: لا تجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع اهـ. ولا يخفى أن الجهات هي بيان المصارف، فقد سوى بينها وبين الشرائط إلا أن يراد بالجهات التي لا تتوقف صحة الوقف عليها. وفي الفتاوى الخانية وعن أبي الليث: تجوز الشهادة في الوقف بالاستفاضة من غير الدعوى وتقبل الشهادة بالوقف وإن لم يبينوا وجهاً ويكون للفقراء اهـ. وفي جامع الفصولين ولو ذكروا الواقف لا المصرف تقبل لو قديماً ويصرف إلى الفقراء اهـ. وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه في الشهادة، والظاهر أنه مبني على قول أبي يوسف وعليه فلا يكون بيان المصرف من أصله فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والإسعاف؛ والظاهر أن هذا إذا كان المصرف جهة مسجد أو مدرسة أو نحوهما، أما لو كان للفقراء فلا يحتاج إلى إثباته بالتسامع لما علمت من أنه يثبت بالشهادة على مجرد

(وبعض مستحقيه) وكذا بعض الورثة ولا ثالث لهما كما في الأشباه.

قلت: وكذا لو ثبت إعساره في وجه أحد الغرماء كما سيجيء، فتأمل:
وقالوا: تقبل بينة الإفلاس لغيبة المدعي، وكذا بعض الأولياء المتساوين يثبت

الوقف، فإذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف إلى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة التاترخانية والفصولين، هذا ما ظهر لي في هذا المحل. وقد ذكر الخير الرملي في حاشية المنح توفيقاً آخر بين ما ذكره المصنف، وبين ما نقلناه عن الإسعاف والخانية بحمل جواز الشهادة على ما إذا لم يكن الوقف ثابتاً على جهة بأن ادعى على ذي يد يتصرف بالملك بأنه وقف على جهة كذا، فشهدوا بالسماع وحمل عدم الجواز على ما إذا كان أصله ثابتاً على جهة فادعى جهة غيرها، وشهدوا عليها بالسماع للضرورة في الأول دون الثاني، لأن أصل جواز الشهادة فيه بالسماع للضرورة والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً. قال: وقد رأيت شيخنا الحانوتي أجاب بذلك اهـ ملخصاً.

مَطْلَبٌ فِيمَنْ يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنْ غَيْرِهِ

قوله: (وبعض مستحقيه) مبتدأ أو مضاف إليه، وقوله: «ينتصب خصماً عن الكل» خبر المبتدأ ويأتي بيانه، وكذا بعض نظار الوقف لما في الحادي عشر من التاترخانية وقف أرضه على قرابته، فادعى رجل أنه منهم والواقف حي فهو خصمه، وإلا فالقيم ولو متعدداً، وإن ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم، ولا يكون خصماً وارث الميت، ولا أحد أرباب الوقف. قوله: (وكذا بعض الورثة) أي يقوم مقام جميعهم فيما للميت أو عليه، ويأتي تمامه قريباً. قوله: (قلت الخ) استدراك على قوله: «ولا ثالث لهما». قوله: (وكذا لو ثبت إعساره في وجه أحد الغرماء) فإنه ينتصب خصماً عن بقيتهم فلا يحبس لهم ط. قوله: (كما سيجيء) لم أره في فصل الحبس من كتاب القضاء ولا في كتاب الحجر فلعله ذكره في غيرهما، فليراجع. قوله: (وقالوا تقبل بينة الإفلاس بغيبة المدعي) هذا تأييد لقبولها في وجه أحد الغرماء لا بيان لموضع آخر مما نحن فيه حتى يرد عليه أنه لا محل لذكره هنا لعدم انتصاب أحد عن أحد فيه، فافهم. قوله: (وكذا بعض الأولياء المتساوين) «كذا» خبر مقدم و«بعض الأولياء» مبتدأ مؤخر، وجملة «يثبت الخ» استئناف بياني: يعني أن رضا بعض الأولياء المتساوين بنكاح غير الكفء قبل العقد أو بعده كرضا الكل، لأن حق الاعتراض ثبت لكل واحد من الأولياء كملاً، وهذا على ظاهر الرواية؛ أما على المفتى به فالنكاح باطل من أصله لفساد الزمان كما تقدم في باب الولي اهـ ح. أي أن تزويجها نفسها لغير كفء باطل إذا كان لها وليّ لم يرض به قبل العقد ولا يفيد رضا بعده، وإن لم يكن لها ولي فهو صحيح كما مر

الاعتراض لكل كملاً، وكذا الأمان والقود وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين، والتتبع يقتضي عدم الحصر.

في بابه، ثم حيث ثبت الحق لكل من الأولياء كملاً، فإذا رضي أحدهم فكأنه قام مقام غيره في الرضا حتى لا يثبت لغيره حق الاعتراض ولو قال يثبت الاعتراض، وكذا الإنكاح في الصغير لكان أولى. قوله: (وكذا الأمان) يعني أمان واحد من المسلمين لحربي كأمان جميعهم كما تقدم في السير اهـ ح. قوله: (والقود) يعني إذا عفا واحد من أولياء المقتول سقط القود، كما إذا عفا جميعهم اهـ ح.

قلت: وكذا استيفاء[1] القود فسيأتي في الجنايات أن للكبير القود قبل كبر الصغار خلافاً لهما، والأصل أن كل ما لا يتجزأ إذا وجد سببه كاملاً يثبت لكل على الكمال كولاية إنكاح وأمان، إلا إذا كان الكبير أجنبياً عن الصغير فلا يملك القود حتى يبلغ الصغير إجماعاً. زيلعي. وذلك كابن للمتوفى صغير وامرأته وهي غير أم الصغير اهـ ط. قوله: (وولاية المطالبة الخ) قال المصنف من باب ما يحدثه الرجل في الطريق من نحو الكنيف والميزاب: ولكل واحد من أهل الخصومة ولو ذمياً منعه ابتداء ومطالبته بنقضه ورفعه بعده: أي بعد البناء سواء كان فيه ضرر أو لا، إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام ولم يكن للمطالب مثله اهـ. فقوله بإزالة الضرر ليس بقيد بل يقوم أحد من له الخصومة بالمطالبة وإن لم يضر اهـ ط. قوله: (والتتبع يقتضي عدم الحصر) يعني أنه زاد ما ذكر ولم يحصر المواضع بعدد، لأنه يمكن التتبع الزيادة عليها خلافاً لما فعله في الأشباه، وقد زاد البيري مسألة وهي: قال محمد رحمه الله تعالى: لو قال سالم وبزيع وميمون أحرار وأقام واحد منهم البينة على ذلك ثم جاء غيره لا يعيد البينة لأنه إعتاق واحد اهـ.

قلت: ويزاد أيضاً ما في الفصل الرابع من جامع الفصولين برهن على رجل أنه باعه، وفلاناً الغائب قناً بكذا يقضى على الحاضر بنصف ثمنه، لا على الغائب إلا أن يحضر ويعيد البينة عليه، ولو كان قد ضمن كل منهما ما على الآخر من الثمن جاز ويقضى عليهما فلا حاجة إلى إعادة البينة على الغائب اهـ. وسيأتي في كتاب القضاء أنه لا يقضى على غائب، ولا له إلا في مواضع منها: أن يكون ما يدعى على الغائب

---

[1] في ط (قوله قلت وكذا استيفاء الخ) أي حيث كان بعض مستحقي القود صغيراً لا غائباً حتى لا يرد ما سيأتي في الجنايات.

ولا يسقط [illegible]

وفرق شيخنا بين الغائب والصغير بأن احتمال العفو من الغائب شبهة، بخلاف في الصغير فإنه شبهة الشبهة، لأن احتمال العفو منه بعد احتمال البلوغ، أي وهي غير معتبرة في القود.

ثم إنما ينتصب أحد الورثة خصماً عن الكل لو في دعوى دين لا عين ما لم تكن بيده فليحفظ (ينتصب خصماً عن الكل) أي إذا كان وقف بين جماعة وواقفه واحد، فلو أحد منهم أو وكيله الدعوى على واحد منهم أو وكيله (وقيل لا)

سبباً لما يدعى على الحاضر كما إذا برهن على ذي اليد أنه اشترى الدار من فلان الغائب فحكم على الحاضر كان ذلك حكماً على الغائب أيضاً حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر. قال الشارح هناك: وله صور كثيرة ذكر منها في المجتبى تسعاً وعشرين.

مَطْلَبٌ فِي انْتِصَابِ بَعْضِ الْوَرَثَةِ خَصْماً عَنِ الْكُلِّ

قوله: (ثم إنما ينتصب الخ) قال في جامع الفصولين: ادعى بيتاً إرثاً لنفسه ولإخوته الغيب وسماهم وقال الشهود: لا نعلم له وارثاً غيرهم، تقبل البينة في ثبوت البيت للميت إذ أحد الورثة خصم عن الميت فيما يستحق له، وعليه ألا ترى أنه لو ادعى على الميت دين بحضرة أحدهم يثبت في حق الكل. وكذا لو ادعى أحدهم ديناً على رجل للميت وبرهن ثبت في حق الكل. وأجمعوا على أنه لا يدفع إلى الحاضر إلا نصيبه: يعني في البيت مشاعاً غير مقسوم ثم قالا: يؤخذ نصيب الغائب ويوضع عند عدل. وقال أبو حنيفة: لا يؤخذ. وأجمعوا على أن ذا اليد لو مقرّاً لا يؤخذ منه نصيب الغائب، هذا في العقار. أما في النقلي فعندهما يوضع عند عدل، وعنده قيل كذلك، وقيل لا يؤخذ كما لو كان مقراً. ولو مات عن ثلاثة بنين فغاب اثنان وبقي ابن والدار في يده غير مقسومة، فادعى رجل كلها ملكاً مرسلاً أو الشراء من أبيهم يحكم له بالكل، ولو برهن على أحدهم أن الميت غصب شيئاً وبعضه بيد الحاضر وبعضه بيد وكيل الغائب قضى على الحاضر بدفع ما بيده دون وكيل الغائب.

فالحاصل: أن أحد الورثة خصم عن الميت في عين هو في يد هذا الوارث لا فيما ليس بيده، حتى لو ادعى عليه عيناً من التركة ليست في يده لا يسمع، وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصماً عن الميت ولو لم يكن بيده شيء من التركة اهـ. ملخصاً. وتمام الكلام فيه من الفصل الرابع.

مَطْلَبٌ: بَعْضُ الْمُسْتَحِقِّينَ يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنِ الْكُلِّ

قوله: (وينتصب خصماً عن الكل) أي كل المستحقين وكذا بعض النظار كما قدمناه، والمسألة في المحيط والقنية: وقف بين أخوين مات أحدهما وبقي في يد الحي وأولاد الميت، فبرهن الحي على أحدهم أن الواقف بطناً بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصماً عن الباقين. ولو برهن الأولاد أن الوقف مطلق

بتصب فلا يصح القضاء إلا بقدر ما في يد الحاضرين (وهذا) أي انتصاب بعضهم (إذا كان الأصل ثابتاً وإلا فلا) ينتصب أحد المستحقين خصماً، وتمامه في شرح الوهبانية (اشترى المتولي بمال الوقف داراً) للوقف (لا تلحق بالمنازل الموقوفة، ويجوز بيعها في الأصح) لأن للزومه كلاماً كثيراً ولم يوجد هاهنا (مات المؤذن والإمام ولم يستوفيا وظيفتهما من الوقف سقط) لأنه كالصلة (كالقاضي وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة، كذا في الدرر قبيل باب المرتد وغيرها. قال المصنف ثمة: وظاهره ترجيح الأول لحكاية الثاني بقيل.

قلت: قد جزم في البغية تلخيص القنية بأنه يورث، بخلاف رزق القاضي،

علينا وعليك فبينة الأول أولى. قوله: (وهذا الخ) وعليه فلا منافاة بين ما هنا، وما قدمه من أن الموقوف عليه لا يملك الدعوى، لأن ذاك فيما إذا لم يكن الوقف ثابتاً وأراد إثبات أنه وقف، ومر تقريره.

مَطْلَبٌ: اشْتَرَى بِمَالِ الوَقْفِ دَاراً لِلْوَقْفِ يَجُوزُ بَيْعُهَا

قوله: (اشترى بمال الوقف) أي بغلة الوقف كما عبر به في الخانية وهو أولى احترازاً عما لو اشترى ببدل الوقف فإنه يصير وقفاً كالأول على شروطه وإن لم يذكر شيئاً كما مر في بحث الاستبدال، وقيده في الفتح بما إذا لم يحتج الوقف إلى العمارة. وهو ظاهر إذ ليس له الشراء، كما ليس له الصرف إلى المستحقين كما مر. وفي البحر عن القنية: إنما يجوز الشراء بإذن القاضي، لأنه لا يستفاد الشراء من مجرد تفويض القوامة إليه، فلو استدان في ثمنه وقع الشراء له اهـ.

قلت: لكن في التاترخانية: قال الفقيه: ينبغي أن يكون ذلك بأمر الحاكم احتياطاً في موضع الخلاف. قوله: (ويجوز بيعها في الأصح) في البزازية بعد ذكر ما تقدم. وذكر أبو الليث في الاستحسان: يصير وقفاً، وهذا صريح في أنه المختار اهـ رملي.

قلت: وفي التاترخانية: المختار أنه يجوز بيعها إن احتاجوا إليه.

مَطْلَبٌ فِي الإِمَامِ وَالمُؤَذِّنِ إِذَا مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ

قوله: (كالقاضي) فإنه يسقط حقه، إلا إذا مات في آخر السنة فيستحب الصرف لورثته كما في الهداية قبيل باب المرتد. قوله: (وقيل لا يسقط) أي بل يعطى بقدر ما باشر ويصير ميراثاً عنه كما يأتي. قوله: (قلت قد جزم في البغية الخ) أي فجزمه به يقتضي ترجيحه. قلت: ووجهه ما سيذكره في مسألة الجامكية أن لها شبه الأجرة وشبه الصلة، ثم إن المتقدمين منعوا أخذ الأجرة على الطاعات، وأفتى المتأخرون بجوازه على التعليم والأذان والإمامة، فالظاهر أن من نظر إلى مذهب المتقدمين رجح شبه

كذا في وقف الأشباه ومقدمة النهر. ولو علّى الإمام دار وقف فلم يستوف الأجرة حتى مات إن آجرها المتولي سقط وإن آجرها الإمام لا عمادية

الصلة فقال بسقوطها بالموت، لأن الصلة لا تملك قبل القبض، ومن نظر إلى مذهب المتأخرين رجح شبه الأجرة فقال بعدم السقوط، وحيث كان مذهب المتأخرين هو المفتى به جزم في البغية بالثاني، بخلاف رزق القاضي، فإنه ليس له شبه بالأجرة أصلاً، إذ لا قائل بأخذ الأجرة على القضاء.

مَطْلَبٌ: إِذَا مَاتَ الْمُدَرِّسُ وَنَحْوُهُ يُعْطَى بِقَدْرِ مَا بَاشَرَ بِخِلَافِ الْوَقْفِ عَلَى الذُّرِّيَّةِ

وعلى هذا مشى الطرسوسي في أنفع الوسائل على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات في أثناء السنة يعطى بقدر ما باشر ويسقط الباقي، وقال بخلاف الوقف على الأولاد والذرية، فإنه يعتبر فيهم وقت ظهور الغلة، فمن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار ما يستحقه لورثته وإلا سقط اهـ. وتبعه في الأشباه وأفتى به في الخيرية، وهو الذي حرره المرحوم مفتي الروم أبو السعود العمادي، وهذا خلاصة ما قدمته في كتاب الجهاد قبيل فصل القسمة وقبيل باب المرتد. ولو كان الوقف منجماً أقساطاً فتمام كل قسط بمنزلة طلوع الغلة، فمن وجد وقته استحق كما أفتى به حانوتي تبعاً للفتح. ومما قررناه ظهر سقوط ما نقله البيري عن شيخ الشيوخ الحموي من أنه ينبغي أن يعمل بهذا القول، وهو عدم السقوط بالموت في حق المدرس والطلبة لا في حق المؤذن والإمام، لأن الأذان والإمامة من فروض الكفاية، فلا تكون بمقابلة أجرة اهـ ملخصاً. فإن المتأخرين أفتوا بأخذ الأجرة على الثلاثة

مَطْلَبٌ: إِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الصُّرِّ وَالْحَبِّ يَسْتَحِقُّ نَصِيبَهُ

تنبيه: ذكر البيري أيضاً أنه سئل العلامة ابن ظهيرة القرشي الحنفي: إذا كان للميت شيء من الصر والحب وورد ذلك عن السنين الماضية في حياته[1] وفي السنة التي مات فيها هل يستحقه بقسطه؟ أجاب: نعم يستحق نصيبه منه، وإن كان صرة من السلطان صار نصيبه في حكم المحصول؛ وذكر الإمام أبو الليث في النوازل أنه يكون لورثته اهـ. ويؤيده ما في البزازية عن محمد: قوم أمروا أن يكتبوا مساكين محلتهم فكتبوا ورفعوا أساميهم وأخرجوا الدراهم على عددهم فمات واحد من المساكين، قال: يعطى وارثه إن مات بعد رفع اسمه اهـ. ومنه يعلم حكم الأمانات الواصلة لأهل مكة المشرفة والمدينة المنورة على وجه الصلة والمبرة ثم يموت المرسل إليه، وقد أفتيت بدفع ذلك لولده. بيري. قوله: (وإن آجرها الإمام لا) أي لا يسقط ما مضى تنزيلاً لعقده

(1) في ط (قوله في حياته) متعلق بالماضية، وقوله: (يستحق نصيبه منه) أي من مُراد المفهوم من ورودها

أخذ الإمام الغلة وقت الإدراك، وذهب قبل تمام السنة لا يسترد منه غلة باقي السنة، فصار كالجزية وموت القاضي قبل الحول، ويحل للإمام غلة باقي السنة لو فقيراً، وكذا الحكم في طلبة العلم في المدارس. درر. ونظم ابن الشحنة الغيبة

منزلة القبض. تأمل. لكن تقدم أن الموقوف عليه الغلة أو السكنى لا يملك الإجارة، والظاهر أن هذا الفرع مبني على القول الأول بالسقوط.

مطلب فيما إذا قبض المعلوم وغاب قبل تمام السنة

قوله: (أخذ الإمام الغلة) أي قبض معلوم السنة بتمامها كما في البحر. قال في الهندية: إمام المسجد رفع الغلة وذهب قبل مضي السنة لا يسترد منه الصلة، والعبرة بوقت الحصاد، فإن كان يؤم في المسجد وقت الحصاد يستحق. كذا في الوجيز. وهل يحل للإمام أكل حصة ما بقي من السنة إن كان فقيراً؟ يحل. وكذا الحكم في طلبة العلم يعطون في كل سنة شيئاً مقدراً من الغلة وقت الإدراك، فأخذ واحد منهم قسطه وقت الإدراك، فتحول عن تلك المدرسة كذا في المحيط اهـ. وقوله: والعبرة بوقت الحصاد ظاهره المنافاة لما قدمناه عن الطرسوسي، لكن أجاب في البحر بأن المراد أن العبرة به فيما إذا قبض معلوم السنة قبل مضيها، لا لاستحقاقه بلا قبض. قال: مع أنه نقل في القنية عن بعض الكتب أنه ينبغي أن يسترد من الإمام حصة ما لم يؤم فيه. قال: قلت: وهو الأقرب لغرض الواقف اهـ.

قلت: وينبغي تقييد هذا بما إذا لم يكن ذلك مقدراً لكل يوم لما قدمنا عن القنية إن كان الواقف قدر للمدرس لكل يوم مبلغاً فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء لا يحل أجر هذين اليومين، وتقدم تمامه قبيل قوله: ولو دار فعمارته على من له السكنى.

قوله: (فصار كالجزية) أي إذا مات الذمي في أثناء السنة لا يؤخذ منه الجزية لما مضى من الحول، ويحتمل أن المراد أنه إذا عجلها أثناء السنة ثم أسلم أو مات لا تسترد ط.

قوله: (ونظم ابن الشحنة الغيبة الخ) أقول: حاصل ما في شرحه تبعاً للبزازية أنه إذا غاب عن المدرسة فإما أن يخرج من المصر أو لا، فإن خرج مسيرة سفر ثم رجع ليس له طلب ما مضى من معلومه بل يسقط، وكذا لو سافر للحج ونحوه، وإن لم يخرج لسفر بأن خرج إلى الرستاق: فإن أقام خمسة عشر يوماً فأكثر، فإن بلا عذر كالخروج للتنزه فكذلك، وإن لعذر كطلب المعاش فهو عفو، إلا أن تزيد غيبته على ثلاثة أشهر، فلغيره أخذ حجرته ووظيفته. أي معلومه وإن لم يخرج من المصر: فإن اشتغل بكتابة علم شرعي فهو عفو، وإلا جاز عزله أيضاً. واختلف فيما إذا خرج للرستاق وأقام دون خمسة عشر يوماً لغير عذر فقيل: يسقط، وقيل: لا، هذا حاصل ما ذكره ابن الشحنة في شرحه.

المسقطة للمعلوم المقتضية للعزل. [الطويل]

ومنه:

وَمَا لَيْسَ بُدٌّ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَزِدْ عَلَى ثَلَاثِ شُهُورٍ فَهْوَ يُعْطَى وَيُغْتَفَرْ
وَقَدْ أَطْبَقُوا لَا يَأْخُذُ الشَّهْرَ مُطْلَقاً إِنَّمَا قَدْ مَضَى وَالْحُكْمُ فِي الشَّرْعِ يُسْفِرُ

وملخصه: أنه لا يسقط معلومه الماضي، ولا يعزل في الآتي إذا كان في المصر مشتغلاً بعلم شرعي أو خرج لغير سفر، وأقام دون خمسة عشر يوماً بلا عذر على أحد القولين أو خمسة عشر فأكثر، لكن لعذر شرعي كطلب المعاش، ولم يزد على ثلاثة أشهر وأنه يسقط الماضي. ولا يعزل لو خرج مدة سفر ورجع أو سافر لحج ونحوه أو خرج للرستاق لغير عذر ما لم يزد على ثلاثة أشهر، وأنه يسقط الماضي ويعزل لو كان في المصر غير مشتغل بعلم شرعي أو خرج منه وأقام أكثر من ثلاثة أشهر ولو لعذر. قال الخير الرملي: ولكن هذا إذا لم ينصب نائباً عنه، وإلا فليس لغيره أخذ وظيفته اهـ. ويأتي قريباً حكم النيابة. هذا وفي القنية من باب الإمامة: إمام يترك الإمامة لزيارة أقربائه في الرساتيق أسبوعاً أو نحوه أو لمصيبة أو لاستراحة لا بأس به، ومثله عفو في العادة والشرع اهـ. وهذا مبني على القول بأن خروجه أقل من خمسة عشر يوماً بلا عذر شرعي، لا يسقط معلومه، وقد ذكر في الأشباه في قاعدة العادة محكمة عبارة القنية هذه، وحملها على أنه يسامح أسبوعاً في كل شهر، واعترضه بعض محشيه بأن قوله في كل شهر، ليس في عبارة القنية ما يدل عليه. قلت: والأظهر ما في آخر شرح منية المصلي للحلبي أن الظاهر أن المراد في كل سنة.

تنبيه: ذكر الخصاف أنه لو أصاب القيم خرس أو عمى أو جنون أو فالج أو نحوه من الآفات، فإن أمكنه الكلام والأمر والنهي والأخذ والإعطاء فله أخذ الأجر، وإلا فلا. قال الطرسوسي: ومقتضاه أن المدرس ونحوه إذا أصابه عذر من مرض أو حج بحيث لا يمكنه المباشرة لا يستحق المعلوم، لأنه أدار الحكم في المعلوم على نفس المباشرة، فإن وجدت استحق المعلوم، وإلا فلا، وهذا هو الفقه اهـ ملخصاً.

قلت: ولا ينافي هذا ما مر من المسامحة بأسبوع ونحوه، لأن القليل مغتفر كما سومح بالبطالة المعتادة على ما مر بيانه في محله. قوله: (ومنه) أي من النظم، لأن ابن الشحنة نظم في هذه المسألة خمسة أبيات، فاقتصر الشارح على بيتين منها. قوله: (مطلقاً) أي سواء كان له منه بد أو لا، لكن بعد كونه مسيرة سفر كما أفاده بقوله: «والحكم في الشرع يسفر» بفتح الياء من السفر. قال ناظمه: والمراد بقولنا في الشرع يسفر: أي من يعد مسافراً شرعاً. لكن اعترضه ط بقول القاموس: السافر والمسافر لا فعل له.

قلت: وهذا كله في سكان المدرسة، وفي غير فرض الحج وصلة الرحم، أما فيهما فلا يستحق العزل، والمعلوم كما في شرح الوهبانية للشرنبلالي في المنظومة المحبية: [الرجز]

لا تُجِزْ اسْتِنَابَةَ الفَقِيهِ لا ... وَلا المُدَرِّسِ لِعُذْرٍ حَصَلا
كَذَاكَ حُكْمُ سَائِرِ الأَرْبَابِ ... إِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ فَذَا مِنْ بَابِ

مطلب في الغيبة التي يستحق بها العزل عن الوظيفة وما لا يستحق

قوله: (قلت وهذا) أي التفصيل المذكور في القنية إنما هو فيما إذا قال: وقفت هذا على ساكني مدرستي. وأطلق. أما لو شرط شرطاً تبع كحضور الدرس أياماً معلومة في كل جمعة فلا يستحق المعلوم إلا من باشر، خصوصاً إذا قال: من غاب عن الدرس قطع معلومه فيجب اتباعه، وتمامه في البحر. قوله: (أما فيهما) أي في فرض الحج وصلة الرحم. قوله: (والمعلوم) بالنصب عطفاً على العزل. قوله: (لا تجز استنابة الفقيه) «لا» ناهية و«تجز» مجزوم بها، وهو بضم أوله وكسر ثانيه. و«لا» الثانية تأكيد للأولى، وقوله: «سائر الأرباب» أي أصحاب الوظائف، وقوله: «فذا من باب» أي عدم جواز الاستنابة إن لم يكن عذر من باب أولى، وقد تابع الناظم في هذا ما فهمه الطرسوسي من كلام الخصاف المار آنفاً. قال: فإنه لم يجعل له الاستنابة مع قيام الأعذار المذكورة، فإنها لو جازت لقال: ويجعل له من يقوم مقامه إلى زوال عذره، واعترضه في البحر بأن الخصاف صرح بأن للقيم أن يوكل وكيلاً يقوم مقامه، وله أن يجعل له من المعلوم شيئاً، وكذا في الإسعاف، وهذا كالتصريح بجواز الاستنابة، لأن النائب وكيل بالأجرة. وفي القنية: استخلف الإمام خليفة في المسجد ليؤم فيه زمان غيبته، لا يستحق الخليفة من أوقاف الإمامة شيئاً إن كان الإمام أمّ أكثر السنة اهـ. وفي الخلاصة أن الإمام يجوز استخلافه بلا إذن، بخلاف القاضي، وعلى هذا لا تكون وظيفته شاغرة، وتصح النيابة.

مطلب مهم في الاستنابة في الوظائف

قال في البحر: وحاصل ما في القنية: أن النائب لا يستحق شيئاً من الوقف، لأن الاستحقاق بالتقرير ولم يوجد، ويستحق الأصيل الكل إن عمل أكثر السنة وسكت عما يعينه الأصيل للنائب كل شهر في مقابلة عمله، والظاهر أنه يستحق لأنها إجارة. وقد وقع العمل بناء على قول المتأخرين المفتى به من جواز الاستئجار على الإمامة والتدريس وتعليم القرآن، وعلى القول بعدم جواز الاستنابة إذا لم يعمل الأصيل وعمل النائب كانت الوظيفة شاغرة، ولا يجوز للناظر الصرف إلى واحد منهما، ويجوز للقاضي

عزله وعمل الناس بالقاهرة على الجواز وعدم اعتبارها شاغرة مع وجود النيابة. ثم قال: فالذي تحرر جواز الاستنابة في الوظائف اهـ. ويؤيده ما مر في الجمعة من ترجيح جواز استنابة الخطيب. قال الخير الرملي في حاشيته: ما تقدم عن الخلاصة ذكره في كتاب القضاء من الكنز والهداية وكثير من المتون والشروح والفتاوى، ويجب تقييد جواز الاستنابة بوظيفة تقبل الإنابة كالتدريس، بخلاف التعلم، وحيث تحرر الجواز فلا فرق بين أن يكون المستناب مساوياً له في الفضيلة، أو فوقه أو دونه كما هو ظاهر، ورأيت لمتأخري الشافعية من قيده بالمساوي، وبما فوقه، وبعضهم قال: بجوازه مطلقاً ولو دونه، وهو الظاهر والله تعالى أعلم. اهـ.

وقال في الخيرية: بعد نقل حاصل ما في البحر والمسألة وضع فيها رسائل، ويجب العمل بما عليه الناس، وخصوصاً مع العذر: وعلى ذلك جميع المعلوم للمستنيب وليس للنائب إلا الأجرة التي استأجره بها اهـ.

قلت: وهذا اختيار بخلاف ما أفتى به علامة الوجود المفتي أبو السعود من اشتراط العذر الشرعي وكون الوظيفة مما يقبل النيابة كالإفتاء والتدريس، وكون النائب مثل الأصيل أو خيراً منه، وأن المعلوم بتمامه يكون للنائب ليس للأصيل منه شيء اهـ. ونقله البيري وقال: إنه الحق، لكنه نقل عن الشيخ بدر الدين الشهاوي الحنفي مثل ما في البحر، وعن شيخ مشايخه القاضي علي بن ظهيرة الحنفي اشتراط العذر.

مطلب فيما إذا شرط المعلوم لمباشر الإمامة لا يستحق المستنيب

قلت: أما اشتراط العذر، فله وجه وأما كون النائب مثل الأصيل أو خيراً منه فهو بعيد، حيث وجدت في النائب أهلية تلك الوظيفة، إلا أن يراد مثله في الأهلية، ويشير إليه ما في فتاوى ابن الشلبي حيث سئل عن الناظر إذا صدرت فيه من المتحدث على الوقف هل له أن يأذن لغيره فيه بقية حياته، وهل له النزول عن النظر؟ أجاب: نعم له استنابة من فيه العدالة والكفاية، ولا يصح نزوله عن النظر المشروط له، ولو عزل نفسه لم ينعزل اهـ. وأما كون المعلوم للنائب فيخالف ما مر عن البحر من أن الاستحقاق بالتقرير، ولا سيما إذا باشر الأصيل أكثر السنة، فصريح ما مر عن القنية أنه لا يستحق النائب شيئاً: أي إلا إذا شرط له الأصيل أجرة، أما إذا كان المباشر هو النائب وحده وشرط الواقف المعلوم لمباشر الإمامة أو التدريس مثلاً فلا شك في اختصاصه بالمعلوم بتمامه. وكتبت في تنقيح الحامدية عن المحقق الشيخ عبد الرحمن أفندي العمادي أنه سئل فيما إذا كان لمؤذني جامع مرتبات في أوقات شرطها واقفوها لهم في مقابلة أذكار يباشرونها للواقفين المذكورين وجعل جماعة من المؤذنين لهم نواباً عنهم في ذلك، فهل

وَالمُتَوَلّي لَوْ لِوَقْفٍ أَجَّرَا ... لَكِنَّهُ فِي صَكِّهِ مَا ذَكَرَا
مِنْ أَيِّ جِهَةٍ تَوَلَّى الوَقْفَا ... مَا جَوَّزُوا ذَلِكَ حَيْثُ يُلْفَى
وَمِثْلُهُ الوَصِيُّ إِذْ يَخْتَلِفُ ... حُكْمُهُمَا فِي ذَا عَلَى مَا يُعْرَفُ
بِحَسَبِ التَّقْلِيدِ وَالنَّصْبِ فَعَمّ ... كُلَّ التَّصَرُّفَاتِ كَيْ لَا تَلْتَبِسْ

قلت: لكن للسيوطي رسالة سماها [الضبابة في جواز الاستنابة] ونقل الإجماع على ذلك فليحفظ (ولاية نصب القيم إلى الواقف

يستحق النواب المباشرون للأذان والأدعية المزبورة المرتبات المرقومة دون الجماعة المذكورين؟ الجواب: نعم.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا أَجَرَ وَلَمْ يَذْكُرْ جِهَةَ تَوْلِيَتِهِ

قوله: (والمتولي لو وقف أجرا الخ) في الإسعاف الناظر إذا آجر أو تصرف تصرفاً آخر، وكتب في الصك آجر وهو متولي على هذا الوقف، ولم يذكر أنه متول من أي جهة قالوا تكون فاسدة اهـ.

قلت: وهذا مشكل إذ لو كان متولياً في نفس الأمر من جهة الوقف أو القاضي يصح إيجاره، والظاهر أن المراد فساد كتابة الصك، لأن الصكوك تبنى على زيادة الإيضاح، ولأنه لا يمكن للحاكم أن يحكم بصحة إيجاره وباقي تصرفاته ما لم يصح نصبه عن له ولاية ذلك، يؤيده ما في السابع والعشرين من جامع الفصولين: لو كان الوصي أو المتولي من جهة الحاكم فالأوثق أن يكتب في الصكوك والسجلات، وهو الوصي من جهة حاكم له ولاية نصب الوصية والتولية، لأنه لو اقتصر على قوله وهو الوصيّ من الحاكم، ربما يكون من حاكم ليس له ولاية نصب الوصي، فإن القاضي لا يملك نصب الوصي والمتولي إلا إذا كان ذكر التصرف في الأوقاف والأيتام منصوصاً عليه في منشوره، فصار كحكم نائب القاضي، فإنه لا بد أن يذكر وأن فلاناً القاضي مأذون بالإنابة تحرزاً عن هذا الوهم اهـ. قال في البحر: ولا شك أن قول السلطان جعلتك قاضي القضاة كالتنصيص على هذه الأشياء في المنشور كما صرح به في الخلاصة في مسألة استخلاف القاضي اهـ. قوله: (بحسب التقليد) متعلق بقوله: «يختلف». قوله: (فعم كل التصرفات) أي على الإجارة وذلك كالبيع والشراء، وقوله: «كي لا تلتبس» أي الأحكام، وهو علة لقوله: «ما جوزوا» ط. قوله: (سماها الضبابة) اسمه كشف الضبابة. في القاموس: الضباب بالفتح: ندى كالغيم، أو سحاب رقيق كالدخان ط.

مَطْلَبٌ: وِلَايَةُ نَصْبِ القَيِّمِ إِلَى الوَاقِفِ ثُمَّ لِوَصِيِّهِ ثُمَّ لِلْقَاضِي

قوله: (ولاية نصب القيم إلى الواقف) قال في البحر: قدمنا أن الولاية للواقف

ثم لوصيه) لقيامه مقامه، ولو جعله على أمر الوقف فقط كان وصياً في كل شيء خلافاً للثاني، ولو جعل النظر لرجل ثم جعل آخر وصياً كانا ناظرين ما لم يخصص، وتمامه في الإسعاف.

ثابتة مدة حياته وإن لم يشترطها، وأن له عزل المتولي، وأن من ولاه لا يكون له النظر بعد موته: أي موت الواقف إلا بالشرط على قول أبي يوسف.

مَطْلَبٌ: ٱلْأَفْضَلُ فِي زَمَانِنَا نَصْبُ ٱلْمُتَوَلِّي بِلَا إِعْلَامِ ٱلْقَاضِي، وَكَذَا وَصِيِّ ٱلْيَتِيمِ

ثم ذكر عن التاترخانية ما حاصله أن أهل المسجد لو اتفقوا على نصب رجل متولياً لمصالح المسجد، فعند المتقدمين يصح، ولكن الأفضل كونه بإذن القاضي، ثم اتفق المتأخرون إن الأفضل أن لا يعلموا القاضي في زماننا لما عرف من طمع القضاة في أموال الأوقاف، وكذلك إذ كان الواقف على أرباب معلومين يحصى عددهم إذا نصبوا متولياً وهم من أهل الصلاح اهـ.

قلت: ذكروا مثل هذا في وصيّ اليتيم، وأنه لو تصرف في ماله أحد من أهل السكة من بيع، أو شراء جاز في زماننا للضرورة. وفي الخانية: أنه استحسان، وبه يفتى. وأما ولاية نصب الإمام والمؤذن فسيذكرها المصنف.

مَطْلَبٌ: ٱلْوَصِيُّ يَصِيرُ مُتَوَلِّياً بِلَا نَصٍّ

قوله: (ثم لوصيه) فلو نصب الواقف عند موته وصياً ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً تكون ولاية الوقف إلى الوصي. بحر. ومقتضى قولهم وصي القاضي كوصي الميت، إلا في مسائل: إن وصي القاضي هنا كذلك لعدم استثنائه من الضابط المذكور. أفاده الرملي.

قلت: ووصي الوصي كالوصي كما يأتي. قوله: (كان وصياً في كل شيء) هو ظاهر الرواية، وهو الصحيح. تاترخانية. قوله: (خلافاً للثاني) فعنده إذ قال له أنت وصيي في أمر الوقف فهو وصي في الوقف فقط، وهو قول هلال أيضاً، وجعل في الخانية أبا يوسف مع أبي حنيفة فكان عنه روايتان. إسعاف. وفي التاترخانية إنه قول محمد أيضاً، وجعل ما في الخانية ظاهر الرواية عن أبي يوسف، فكان الأولى أن يقول: خلافاً لمحمد، وأن يحذف قوله: «فقط». قوله: (ما لم يخصص) بأن يقول: وقفت أرضي على كذا وجعلت ولايتها لفلان، وجعلت فلاناً وصيي في تركاتي وجميع أموري، فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوّض إليه. إسعاف. ولعل وجهه[1] أن تخصيص

---

(١) في ط (قوله ولعل وجهه الخ) لا حاجة إليه، بل هذا مفرع على قول محمد، ويصح تفريعه على قولهما، وأيضاً هذا الفرع منقول من الإسعاف وليس فيه العزو إلى أحد من الأئمة.

فلو وجد كتاباً وقف في كل اسم متول وتاريخ الثاني متأخر اشتركا. بحر.

فرع: طالب التولية لا يولى إلا المشروط له النظر لأنه مولى فيريد التنفيذ.

كل منهما بشيء في مجلس واحد قرينة على عدم المشاركة، لكن في أنفع الوسائل عن الذخيرة: ولو أوصى لرجل في الوقف وأوصى إلى آخر في ولده كانا وصيين فيهما جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف اهـ. تأمل.

مطلب: نصب متولياً ثم آخر اشتركا

قوله: (فلو وجد كتاباً وقف الخ) أي كتابان لوقف واحد، وهذا الجواب أخذه في البحر من عبارة الإسعاف المذكورة. ثم قال: ولا يقال إن الثاني ناسخ كما تقدم عن الخصاف في الشرائط: أي من أنه لو شرط أن لا تباع، ثم قال في آخره: على أن له الاستبدال كان له لأن الثاني ناسخ للأول، لأنا نقول: إن التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط، لأن له فيها التغيير والتبديل، كلما بدا له من غير شرط في عقدة الوقف على قول أبي يوسف. وأما باقي الشرائط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف اهـ. وفيه نظر، بل تعليله يدل على خلافه، فتأمل. نعم ذكر في أنفع الوسائل عن الخصاف إذا وقف أرضين كل أرض على قوم وجعل ولاية كل أرض إلى رجل، ثم أوصى بعد ذلك إلى زيد فلزيد أن يتولى مع الرجلين، فإن أوصى زيد إلى عمرو فلعمرو مثل ما كان لزيد. قال في أنفع الوسائل: فقد جعل وصي الوصي بمنزلة الواقف، حتى جعل له أن يشارك من جعل الواقف النظر له اهـ. وفي أدب الأوصياء عن التتارخانية: أوصى إلى رجل ومكث زماناً فأوصى إلى آخر فهما وصيان في كل وصاياه، سواء تذكر إيصاءه إلى الأول أو نسي، لأن الوصي عندنا لا ينعزل ما دام بمنزلة الموصي، حتى لو كان بين وصيتيه مدة سنة أو أكثر لا ينعزل الأول عن الوصاية اهـ. وقد قالوا: إن الوقف يستقى من الوصية. نعم في القنية: لو نصب القاضي قيماً آخر لا ينعزل الأول إن كان منصوباً من الواقف، فلو من جهته ويعلمه وقت نصب الثاني ينعزل. ومفاده الفرق بين الواقف والقاضي في نصب الثاني، ففي الواقف يشاركه، وفي القاضي يختص الثاني وينعزل الأول إن كان يعلمه وقت نصب الثاني، فاغتنم هذا التحرير.

مطلب: طالب التولية لا يولى

قوله: (طالب التولية لا يولى) كمن طلب القضاء لا يقلد. نهر. وهل المراد أنه لا ينبغي أو لا يحل؟ ستظهر في البحر الأول. تأمل. قوله: (إلا المشروط له النظر) بأن قال: جعلت نظري وقفي لفلان، والظاهر أن مثله ما لو شرطه لمذكور من الموقوف عليهم ولم يوجد غير ذلك واحد، وأما لو انحصر الوقف في واحد لا يلزم أن يكون هو

نهر (ثم) إذا مات المشروط له بعد موت الواقف ولم يوص لأحد فولاية النصب (للقاضي)

الناظر عليه بلا شرط الواقف، كما قدمناه عن جامع الفصولين عند قوله: «الموقوف عليه لا يملك الإجارة ولا الدعوى».

مطلب: التولية خارجة عن حكم سائر الشرائط

قوله: (بعد موت الواقف الخ) قيد به، لأنه لو مات نائبه قال في المجتبى: ولاية النصب للواقف، وفي السير الكبير قال محمد: النصب للقاضي اهـ. وفي الفتاوى الصغرى: الرأي للواقف لا للقاضي، فإن كان الواقف ميتاً فوصيه أولى من القاضي، فإن لم يكن أوصى فالرأي للقاضي اهـ بحر. ومفاده أنه لا يملك التصرف في الوقف مع وجود المتولي ومنه الإيجار، كما حررناه عند قول المصنف: «ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها الخ» ويؤيده قوله في البحر بعد ما نقلناه عنه.

مطلب: ولاية القاضي متأخرة عن المشروط له ووصيه

فأفاد أن ولاية القاضي متأخرة عن المشروط له ووصيه، فيستفاد منه عدم صحة تقرير القاضي في الوظائف في الأوقاف إذا كان الواقف شرط التقرير للمتولي، وهو خلاف الواقع في القاهرة في زماننا وقبله بيسير اهـ. وأفتى في الخيرية بهذا المستفاد وقال: وبه أفتى العلامة قاسم كما قدمناه عند قول المصنف: «وينزع لو غير مأمون».

قوله: (ولم يوص) أي المشروطة له: قال في البحر: إذا مات المتولي المشروط له بعد الواقف فالقاضي ينصب غيره، وشرط في المجتبى أن لا يكون المتولي أوصى به لآخر عند موته، فإن أوصى لا ينصب القاضي اهـ.

قلت: وهذا إذا لم يكن الواقف شرط بعد المتولي المذكور إلى آخر لأنه يصير مشروطاً أيضاً ويأتي بيانه قريباً.

مطلب: المراد قاضي القضاة في كل موضع ذكروا القاضي في أمور الأوقاف

قوله: (للقاضي) قيده في البحر بقاضي القضاة أخذاً من عبارة جامع الفصولين التي قدمناها قبل ورقة، ثم قال: وعلى هذا فقولهم في الاستدانة بأمر القاضي المراد به قاضي القضاة، وفي كل موضع ذكروا القاضي في أمور الأوقاف، بخلاف قولهم: وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه فإنه أعم كما لا يخفى اهـ.

مطلب: نائب القاضي لا يملك إبطال الوقف

قال في الخيرية وهو صريح في أن نائب القاضي لا يملك إبطال الوقف، وإنما ذلك خاص بالأصل الذي ذكره له السلطان في منشوره نصب الولاة والأوصياء، وفوض

إذ لا ولاية لمستحق إلا بتولية كما مر (وما دام أحد يصلح للتولية من أقارب

له أمور الأوقاف، وينبغي الاعتماد عليه وإن بحث فيه شيختنا الشيخ محمد بن سراج الدين الحانوتي لما في إطلاق مثله للنواب في هذا الزمان من الاختلال، والمسألة لا نص فيها بخصوصها فيما اطلعنا عليه، وكذا فيما اطلع عليه شيخنا المذكور وصاحب البحر، وإنما استخرجها تفقهاً اهـ. ونقل في حاشيته على البحر عبارة شيخه الحانوتي بطولها وأقرها، ومن جملتها: ومما يدل على عدم اختصاص قاضي القضاة باستبدال الوقف، بل يجوز من نائبه أيضاً أن نائبه قائم مقامه، ولذا كان المفهوم من كلامهم أنه إذا شرط في منشوره تزويج الصغائر والصغار كان لمنصوبه ذلك. وعبارة ابن الهمام في ترتيب الأولياء في النكاح، ثم السلطان ثم القاضي إذا شرط في عهده ذلك ثم من نصبه القاضي اهـ. ملخصاً.

تنبيه: قدمنا عن البحر أن المتولي ينعزل بموت الواقف، إلا إذا جعله قيماً في حياته وبعد موته. وذكر في القنية: إذا مات القاضي أو عزل يبقى ما نصبه على حاله قياساً على نائبه في القضاء اهـ. قال في أنفع الوسائل: وينبغي أن يحمل على ما إذا عمم له الولاية في حياته وبعد وفاته، لأن القاضي بمنزلة الواقف، اللهم إلا أن يقال: إن ولاية القاضي أعم وفعله حكم، وحكمه لا يبطل بموته ولا عزله، وتمامه فيه، لكنه ذكر أن ولاية الوقف للقاضي وإن لم يشرطها السلطان في تقليده، ولم يعزه إلى أحد، وهو خلاف المنقول في جامع الفصولين كما علمت. قوله: (إذ لا ولاية لمستحق) تعليل لما فهم من حصر الولاية فيمن ذكر. قوله: (كما مر) أي من قوله: والموقوف عليه الغلة لا يملك الإجارة بتولية وقدمناه قريباً.

مطلب: لا يجعل الناظر من غير أهل الوقف

قوله: (وما دام أحد الخ) المسألة في كافي الحاكم ونصها: ولا يجعل القيم فيه من الأجانب ما وجد في ولد الواقف، وأهل بيته من يصلح لذلك، فإن لم يجد فيهم من يصلح لذلك، فجعله إلى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح له صرفه إليه اهـ. ومفاده تقديم أولاد الواقف وإن لم يكن الوقف عليهم بأن كان على مسجد أو غيره، ويدل له التعليل الآتي. وفي الهندية عن التهذيب: والأفضل أن ينصب من أولاد الموقوف عليه، وأقاربه ما دام يوجد أحد منهم يصلح لذلك اهـ. والظاهر - أن مراده بالموقوف عليه من كان من أولاد الواقف، فلا ينافي ما قبله ثم تعبيره بالأفضل يفيد أنه لو نصب أجنبياً مع وجود من يصلح من أولاد الواقف يصح، فافهم. ولا ينافي ذلك ما في جامع الفصولين من أنه لو شرط الواقف كون المتولي من أولاده وأولادهم ليس للقاضي أن يولي غيرهم بلا خيانة، ولو فعل لا يصير متولياً اهـ. لأنه فيما إذا شرطه الواقف وكلامنا

الواقف لا يجعل المتولي من الأجانب) لأنه أشفق ومن قصده نسبة الوقف إليهم (أراد المتولي إقامة غيره مقامه في حياته) وصحته (إن كان التفويض له) بالشرط (عاماً صح) ولا يملك عزله إلا إذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل

عند عدم الشرط. ووقع قريباً من أواخر كتاب الوقف من الخيرية ما يفيد أنه فهم عدم الصحة مطلقاً كما هو المتبادر من لفظ لا يجعل. فتأمل. وأفتى أيضاً بأن من كان من أهل الوقف لا يشترط كونه مستحقاً بالفعل، بل يكفي كونه مستحقاً بعد زوال المانع وهو ظاهر، ثم لا يخفى أن تقديم من ذكر مشروط بقيام الأهلية فيه حتى لو كان خائناً يولي أجنبي حيث لم يوجد. فيهم أهل، لأنه إذا كان الواقف نفسه يعزل بالخيانة فغيره بالأولى.

مَطْلَبٌ: إذَا قَبِلَ الأَجْنَبِيُّ النَّظَرَ مجاناً فلِلْقاضِي نَصْبُهُ

تنبيه: قدمنا عن البيري عن حاوي الحصيري عن وقف الأنصاري أنه إذا لم يكن من يتولى الوقف من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويقبل واحد من غيرهم بلا رزق فللقاضي أن ينظر الأصلح لأهل الوقف. قوله: (ومن قصده) أي قصد الواقف. وعبارة الإسعاف: أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه، وذلك فيما ذكرنا.

مَطْلَبٌ: لِلنَّاظِرِ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ

قوله: (أراد المتولي إقامة غيره مقامه) أي بطريق الاستقلال، أما بطريق التوكيل فلا يتقيد بمرض الموت. وفي الفتح: للناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئاً، وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل، ولو جن نعزل وكيله ويرجع إلى القاضي في النصب اهـ. وشمل كلام المصنف المتولي من جهة القاضي أو الواقف كما في أنفع الوسائل عن التتمة، وقال: وهو أعم من قوله في القنية للمتولي أن يفوض فيما فوض إليه إن عمم القاضي التفويض إليه وإلا فلا اهـ. فإن ظاهره أن هذا الحكم في المتولي من جهة القاضي فقط. قوله: (وصحته) عطف تفسير أراد به بيان أن المراد بالحياة ما قابل المرض، وهو الصحة لا ما يشملهما، فافهم.

قوله: (إن كان التفويض له بالشرط عاماً صح) لم يظهر لي معنى قوله: «بالشرط» ولعل المراد به اشتراط الواقف أو القاضي ذلك له وقت النصب، ومعنى العموم كما في أنفع الوسائل أنه ولاه وأقامه مقام نفسه وجعل له أن يسنده ويوصي به إلى من شاء، ففي هذه الصورة يجوز التفويض منه في حال الحياة وفي حالة المرض المتصل بالموت اهـ. قوله. (ولا يملك عزله الخ) هذا ذكره الطرطوسي بحثاً وقال: بخلاف الواقف، فإن له عزل القيم وإن لم يشرطه، والقيم لا يملكه كالوكيل إذا أذن له الموكل في أن يوكل فوكل حيث لم يملك العزل، وكالقاضي إذا أذن له السلطان في

يكون له العزل والتفويض إلى غيره كالإيصاء. أشباه.

قال: وسئلت عن ناظر معين بالشرط ثم من بعده للحاكم فهل إذا فوّض النظر لغيره ثم مات ينتقل للحاكم؟.

فأجبت: إن فوض في صحته فنعم، وإن في مرض موته لا ما دام المفوض

القاضي، لأنه بعده يصير عزلاً لنفسه عن الوظيفة. ولا يرد أن العزل يكفي فيه مجرد علم القاضي كما مر ولا حاجة إلى التقرير؛ لأن الفراغ عزل خاص[1] مشروط، فإنه لم يرض بعزل نفسه إلا لتصير الوظيفة لمن نزل له عنها، فإذا قرر القاضي المنزول له تحقق الشرط فتحقق العزل وبهذا تجمع كلماتهم، فاغتنم هذا التحرير فإنه فريد. قوله: (قال) أي صاحب الأشباه. قوله: (فأجبت إن فوض الخ) أي أخذاً مما مر آنفاً من الفرق بين حال الصحة والمرض، لكن فيه أن مقتضى كلام الواقف عدم الإذن بإقامة غيره مقامه، لا في الصحة ولا في المرض حيث شرط انتقاله من بعده للحاكم، وكذا نقل الحموي أنه يجب انتقاله للحاكم ولو فوض في مرضه لأن في التفويض تفويت العمل بالشرط المنصوص عليه من الواقف اهـ. ونقل السيد أبو السعود: أن هذه المسألة مما لم يطلع على نص فيها اهـ.

مَطْلَبٌ: شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِعَبْدِ اللَّهِ ثُمَّ لِزَيْدٍ لَيْسَ لِعَبْدِ اللَّهِ أَنْ يُفَوِّضَ لِرَجُلٍ آخَرَ

قلت: بل هي منصوصة في أنفع الوسائل عن أوقاف هلال، ونصه: إذا شرط الواقف ولاية هذه الصدقة إلى عبد الله ومن بعد عبد الله إلى زيد، فمات عبد الله وأوصى إلى رجل، أيكون للوصي ولاية مع زيد؟ قال: لا يجوز له ولاية مع زيد اهـ. ولا يخفى أن قوله: فمات عبد الله وأوصى إلى رجل يقتضي أن ذلك في المرض، فما قيل إنه محمول على حالة الصحة فلا ينافي ما في الأشباه مردود، بل العمل بالمتبادر من المنقول ما لم يوجد نقل صريح بخلافه، ولم يستند في الأشباه إلى نقل حتى يعدل عن هذا المنقول الواجب العمل به، لأنه مقتضى نص الواقف، وهذا ما حرره سيدي عبد الغني النابلسي راداً على الأشباه، وبذلك أفتى العلامة الحانوتي أيضاً فيمن شرط النظر للأرشد من ذريته، ففرغ الأرشد لزوج بنته ومات، فقال: ينتقل لمن بعده عملاً بشرط الواقف، وتمامه في فتاواه. وفي فتاوى الشيخ إسماعيل: التفويض المخالف لشرط الواقف لا يصح، فإذا شرط للإرشاد ففوض الأرشد في المرض لغير الأرشد وظهرت خيانته يولي القاضي الأرشد اهـ. وقوله: وظهرت خيانته: أي خيانة المفوض

---

(1) في ط (قوله لأن الفراغ عزل خاص الخ) هذا يفيد عدم صحة تولية غير المنزول له، لأن النازل لم يرض لعزل نفسه إلا لتصير الوظيفة لمن نزل له، لأن الفراغ عزل مشروط بالصيرورة المذكورة، مع أنه تقدم للمحشي أنه يصح العزل، ولا بد من على القاضي تولية المفروغ له، بل له أن يولي غيره.

له باقياً لقيامه مقامه، وعن واقف شرط مرتباً لرجل معين، ثم من بعده للفقراء فتفرغ منه لغيره ثم مات هل ينتقل للفقراء؟ فأجبت بالانتقال. وفيها للواقف عزل الناظر مطلقاً، به يفتى. ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما، ولو لم يجعله ناظراً فنصب القاضي لم يملك الواقف إخراجه، ولو عزل الناظر نفسه

حيث خالف في تفويضه ذلك شرط الواقف، وما اشتهر على الألسنة من أن مختار الأرشد أرشد فقدمنا رده عند قوله: «وينزع لو غير مأمون الخ» وتمام ذلك في كتاب تنقيح الفتاوى الحامدية. قوله: (شرط مرتباً) أي رتب له من ريع الوقف دراهم أو غيرها. قوله: (وفيها) أي في الأشباه.

مَطْلَبٌ: لِلْوَاقِفِ عَزْلُ النَّاظِرِ

قوله: (للواقف عزل الناظر مطلقاً) أي سواء كان بجنحة أو لا، وسواء كان شرط له العزل أو لا، وهذا عند أبي يوسف لأنه وكيل عنه، وخالفه محمد كما في البحر: أي لأنه وكيل الفقراء عنده. وأما عزل القاضي للناظر فقدمنا الكلام عليه عند قوله: «وينزع لو غير مأمون الخ». قوله: (به يفتى) والذي في المجتبى والفتوى على قول محمد. أي بعدم العزل عند عدم الشرط، وجزم به في تصحيح القدوري للعلامة قاسم، وكذلك المؤلف. أي ابن نجيم في رسائله، وهو من باب الاختلاف في الاختيار ط. بيري: أي فيه اختلاف التصحيح.

قلت: وهو مبني على الاختلاف في اشتراط التسليم إلى المتولي فإنه شرط عند محمد فلا تبقى للواقف ولاية إلا بالشرط، وغير شرط عند أبي يوسف فتبقى ولايته، فاختلاف التصحيح هنا مبني على اختلافه هناك.

مَطْلَبٌ فِي عَزْلِ الْوَاقِفِ الْمُدَرِّسَ وَالْإِمَامَ وَعَزْلِ النَّاظِرِ نَفْسَهُ

قوله: (ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما) أقول: وقع التصريح بذلك في حق الإمام والمؤذن، ولا ريب أن المدرس كذلك بلا فرق. ففي لسان الحكام عن الخانية: إذا عرض للإمام والمؤذن عذر منعه من المباشرة ستة أشهر للمتولي أن يعزله ويولي غيره، وتقدم ما يدل على جواز عزله إذا مضى شهر. بيري. أقول: إن هذا العزل لسبب مقتض، والكلام عند عدمه ط.

قلت: وسيذكر الشارح عن المؤيدة التصريح بالجواز لو غيره أصلح، ويأتي تمام الكلام عليه، وقدمنا عن البحر حكم عزل القاضي لمدرس ونحوه، وهو أنه لا يجوز إلا بجنحة وعدم أهلية. قوله: (فنصب القاضي) عبارة الأشباه: فنصب القاضي له قيماً وقضى بقوامته، وظاهره أن القضاء شرط لعدم إخراج الواقف له. وذكر البيري أن

إن علم الواقف أو القاضي صح وإلا لا.

(باع داراً) ثم باعها المشتري من آخر (ثم ادعى أني كنت وقفتها أو قال وقف عليّ لم تصح) فلا يحلف المشتري (ولو أقام بينة) أو أبرز حجة شرعية (قبلت) فيبطل البيع ويلزم أجر المثل فيه لا في الملك لو سكن على المعتمد. بزازية وغيرها. وليس للمشتري حبسه بالثمن. منية من الاستحقاق.

منصوب الواقف كذلك إذا قضى القاضي بخروجه لا يملك الواقف إخراجه وعزله للأجنبي. قوله: (إن علم الواقف أو القاضي صح) فهو كالوكيل إذا عزل نفسه، وقد تقدم الكلام على عزل نفسه وفراغه لآخر، وظاهره هنا أنه ينعزل بلا عزل، لكن في الأشباه في بحث ما يقبل الإسقاط. قال: وفي القنية الناظر المشروط له النظر إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا أن يخرجه الواقف أو القاضي اهـ. تأمل.

مطلب فيمن باع داراً ثم ادعى أنها وقف

قوله: (ثم باعها المشتري من آخر) ليس هذا قيداً بل ذكره ليفيد أنه لا فرق في قبول البينة بين بقائه في يد المشتري الأول أو خروجه عنه إلى آخر، أو لأنه صورة واقعة سئل عنها ابن نجيم فيمن يملك عقاراً فباعه من آخر وباعه المشتري من آخر ومضى على ذلك مدة سنين ثم أظهر البائع مكتوباً شرعياً بإيقاف العقار قبل البيع فأجاب: تسمع دعواه وتقبل بينته، وإذا ثبت بطل البيع اهـ. قوله: (أو قال وقف علي) يشير إلى أنه لا فرق بين أن يكون هو الواقف أو غيره. رملي. قوله: (لم تصح) أي الدعوى للتناقض وهو الصحيح كما في الخانية. قوله: (فلا يحلف المشتري) لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة. أفاده في الهندية ط. قوله: (أو أبرز حجة شرعية) أي كتاب وقف له أصل في ديوان القضاة الماضين، كما قدمناه عند قوله وتقبل فيه الشهادة حسبة بلا دعوى الخ. وفي الخيرية: أما الكتاب الشرعي الذي يوجد في يد الخصم فهو يدفع الدعوى والفتوى على أنه يدفع ويعمل القضاة بكتاب القضاة الماضين الخ. وظاهر كلامهم أن هذا خاص بالوقف القديم. قوله: (قبلت) أي البينة، لأن الدعوى وإن بطلت للتناقض بقيت الشهادة، وهي مقبولة في الوقف من غير دعوى. هندية ط. قوله: (ويلزم أجر المثل فيه) أي يلزم المشتري لأن منافع الوقف مضمونة وإن كانت بشبهة ملك كما مر. وقدمنا أن هذا هو الصحيح. قوله: (لا في الملك) يستثنى منه ملك اليتيم فإنه كالوقف، وأما المعد للاستغلال فإنه مضمون أيضاً، لكن إذا سكنه بتأويل ملك كسكنى شريك أو بتأويل عقد كرهن فإنه لا يضمن، بخلاف عقار الوقف أو اليتيم فإنه مضمون مطلقاً كما سيأتي في الغصب. قوله: (وليس للمشتري حبسه بالثمن) لأن الحبس بمنزلة الرهن، والوقف لا يرهن ط.

وهي إحدى المسائل السبع المستثناة من قولهم: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه واعتمد في الفتح والبحر أنه إن ادعى وقفاً محكوماً بلزومه قبل، وإلا لا، وهو تفصيل حسن، اعتمده المصنف في باب الاستحقاق، لكن اعتمد الأول آخر الكتاب تبعاً للكنز وغيره، وفي العمادية: لا تقبل عند الإمام

مَطْلَبٌ: مَنْ سَعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعْيُهُ مَرْدُودٌ عَلَيْهِ إلَّا فِي تِسْعِ مَسَائِلَ

قوله: (وهي) أي مسألة المتن إحدى المسائل السبع المذكورة في قضاء الأشباه أنها تسع: الأولى: اشترى عبداً قبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل، لأنه برهن على إقرار البائع أنه ملك الغائب. الثانية: وهب جارية واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر، لأن التناقض فيما هو من حقوق الحرية لا يمنع صحة الدعوى حملاً على أنه فعل وندم. الثالثة: باعه، ثم ادعى أنه كان أعتقه. وفي الفتح التناقض لا يضر في الحرية وفروعها اهـ. وظاهره قبول دعوى البائع التدبير والاستيلاد فالهبة مثال. الرابعة: اشترى أرضاً ثم ادعى أن بائعها كان جعلها مقبرة أو مسجداً. الخامسة: اشترى عبداً ثم ادعى أن البائع كان أعتقه وبرهن يقبل عند الثاني لا عندهما. السادسة: مسألة المتن. السابعة: باع الأب مال ولده ثم ادعى الغبن الفاحش إلا إذا أقر أنه باعه بثمن المثل. الثامنة: إذا باع الوصي ثم ادعى كذلك. التاسعة: المتولي على الوقف كذلك. قال في القنية بعد ذكر هذه الثلاثة: وكذا كل من باع ثم ادعى الفساد وشرط العمادي التوفيق بأنه لم يكن عالماً به وذكر فيها اختلافاً. اهـ. ما في الأشباه ملخصاً مع زيادة.

مَطْلَبٌ: بَاعَ عَقَاراً ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ وَقْفٌ

قوله: (واعتمد في الفتح والبحر الخ) أي في باب الاستحقاق من كتاب البيع فإنه في الفتح جزم به حيث قال هناك: باع عقاراً ثم برهن أنه وقف لا يقبل، لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الإعتاق، ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل اهـ. وجزم به المصنف هناك في متنه وقال في شرحه هنا: ينبغي أن يعول عليه في الإفتاء والقضاء اهـ. قال ط: وهذا إنما يتأتى على قول الإمام أما على المفتى به من أنه يتم بلفظ الوقف ونحوه اهـ. على أن الوقف يلزم عند الإمام أيضاً إذا كان مضافاً إلى الموت أو كان في الحياة وبعد الموت. قوله: (وفي العمادية لا تقبل الخ) مخالف لما في شرح المصنف حيث قال: ولو أقام بينة قبلت على المختار كما تقدم عن العمادية، وبه صرح في الخلاصة والبزازية. وفي خزانة الأكمل: تقبل البينة وينقض البيع قال: وبه

وهو المختار، وصوبه الزيلعي[١] قال: وهو أحوط. وفي دعوى المنظومة المحبية: وهذا في وقف هو حق الله تعالى، أما لو كان على العبد لم يجز.

قلت: قد قدمنا قبولها مطلقاً لثبوت أصله لماله للفقراء، فتدبر. وفي فتاوى ابن نجيم: نعم تسمع دعواه وبينته ويبطل البيع

اهـ ملخصاً. قوله: (وصوبه الزيلعي) حيث قال: وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل، وقيل لا تقبل، وهو أصوب وأحوط. قوله: (قلت قد قدمنا) أي عن المصنف عند قوله: «وتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى». قوله: (مطلقاً) أي سواء كان على معين ابتداء أو على الفقراء وهو المراد من قوله: «هو حق الله تعالى» وقدمنا تمام الكلام عليه. قوله: (تسمع دعواه وبينته) يعني الدعوى المقرونة بالبينة، أما الدعوى المجردة عن البينة فلا تسمع حتى لا يحلف المشتري كما مر، وقد صرح في الخانية بعدم سماعها في الصحيح.

والحاصل: أن المعتمد سماع البينة دون الدعوى المجردة، وهو ما ذكره المصنف في المتن هنا وقدمت عن شرحه ترجيحه. وفي الخيرية أجاب: لا تسمع دعواه، ولكن إذا أقام البينة اختلفوا فيه. والأصح القبول، نص عليه في الخلاصة وكثير من الكتب. وعللوه بأن الوقف حق الله تعالى فتسمع فيه البينة بدون الدعوى، وفرق بعضهم بين المسجل فتقبل، وبين غيره فلا تقبل، والأصح ما قدمنا أنه الأصح. وإذا ثبت أنه وقف وجبت الأجرة له في تلك المدة اهـ. وقال الشارح في مسائل شتى آخر الكتاب: تقبل على الأصح خلافاً لما صوبه الزيلعي اهـ. قلت: ويظهر لي أن التحقيق هو التفصيل والتوفيق، وذلك أن البائع إذا ادعى فإن كان هو الموقوف عليه تقبل بينته على إثبات أصل الوقف ولا يعطى شيئاً من الغلة لعدم صحة دعواه، وقد مر عند قوله: «وتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى» تحقيق ما ذكره المصنف في شرحه من أن ثبوت أصل الوقف لا يحتاج للدعوى، وأن المستحق لا يدفع له شيء بلا دعوى حينئذ: فإذا كان البائع هو المستحق لا تسمع دعواه لتناقضه، بخلاف ما إذا كان المدعي غيره من المستحقين لعدم التناقض منهم. وأما إذا كان الوقف على الفقراء أو على المسجد فتقبل البينة ويثبت الوقف بلا فرق بين كون المدعي هو البائع أو غيره، والله سبحانه أعلم.

تنبيه: يفهم ما لو اشترى داراً ثم ادعى المشتري أنه وقف تسمع دعواه على البائع لو هو المتولي[٢] وإلا نصب القاضي له متولياً. وعلى قول أبي جعفر وغيره: وإذ لم

---

(١) في ط: (قوله الشارح وصوبه الزيلعي الخ) أي لأن موضوع مسألة وقف عليه وعلى ذريته.

(٢) في ط: (قوله تسمع دعواه على البائع لو هو المتولي) الظاهر أنه مرجع الاسم المتولي، فإنه المعروف من كلامهم اشتراط التولية في المدعي لا في المدعى عليه حتى يصح رجوعه على البائع لكن قول أبي –

(الباني) للمسجد **(أولى)** من القوم **(بنصب الإمام والمؤذن في المختار إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه)** الباني **(صح الوقف قبل وجود الموقوف عليه)** فلو وقف على أولاد زيد ولا ولد له أو على مكان هيأ لبناء مسجد أو مدرسة صح **(في الأصح)** وتصرف الغلة للفقراء إلى أن يولد لزيد أو يبني المسجد. عمادية. زاد

تسمع الدعوى على غير المتولي للتناقض تقبل الشهادة بدون الدعوى، وتمام ذلك في الخيرية في الثلث الثالث من كتاب الوقف. قوله: **(الباني أولى)** وكذا ولده وعشيرته أولى من غيرهم أشباه. قوله: **(بنصب الإمام والمؤذن)** أما في العمارة فنقل في أنفع الوسائل أن الباني أولى: أي بلا تفصيل[١]. قوله: **(إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه)** لأن منفعة ذلك ترجع إليهم أنفع الوسائل. قوله: **(أو على مكان هيأه الخ)** فيه نظر، فإن المكان موجود فيكون وقفاً على موجود، والذي في المنح عن العمادية هيأ موضعاً لبناء مدرسة وقبل أن يبني وقف على هذه المدرسة وقفاً لشرائطه وجعل آخره للفقراء الخ، وقيد بتهيئة المكان لأنه لو وقف على مسجد سيعمره ولم يهيىء مكانه لم يصح الوقف كما أفتى به مفتي دمشق المحقق عبد الرحمن أفندي العمادي. قوله: **(وتصرف الغلة للفقراء الخ)** أقول: هذا الوقف يسمى منقطع الأول. قال في الخانية: ولو قال أرضي صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد وليس له ولد يصح، فإذا أدركت الغلة تقسم على الفقراء وإن حدث له ولد بعد القسمة تصرف الغلة التي توجد بعد ذلك إلى هذا الولد، لأن قوله صدقة موقوفة وقف على الفقراء، وذكر الولد الحادث للاستثناء كأنه قال: إلا إن حدث لي ولد فغلتها له ما بقي اهـ. ومنه ما في الإسعاف: وقف على ولده وليس له إلا ولد ابن تصرف الغلة لولد الابن إلى أن يحدث للواقف ولد لصلبه فتصرف إليه اهـ. وقد يكون منقطع الوسط. ومنه ما في الخانية: وقف على ولديه ثم على أولادهما أبداً ما تناسلوا. قال ابن الفضل: إذا مات أحدهما عن ولد يصرف نصف الغلة إلى الباقي والنصف إلى الفقراء، فإذا مات الآخر يصرف الجميع إلى أولاد أولاد الواقف، لأن مراعاة شرط الواقف لازم، والواقف إنما جعل أولاد الأولاد بعد انقراض البطن الأول، فإذا مات أحدهما يصرف النصف إلى الفقراء اهـ.

مطلب في الوقف المنقطع الأول والمنقطع الوسط

تنبيه: علم من هذا أن منقطع الأول ومنقطع الوسط يصرف إلى الفقراء. ووقع

---

* قوله: وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولي، يفيد أن مرجع الضمير في عبارتنا هو القاضي، وعبارة الخيرية كذلك.

(١) (قوله أي بلا تفصيل) قال شيخنا: مقتضى التعليل المذكور في مسألة المؤذن والإمام جريانه في مسألة العمارة أيضاً، بل ربما كان التفصيل في العمارة أولى.

في النهر: وينبغي أنه لو وقفه على مدرسة يدرّس فيها المدرس مع طلبته فدرس في غيرها لتعذر التدريس فيها أن تصرف لعلوفة له لا للفقراء كما يقع في الروم.

فروع: مهمة حدثت للفتوى: أرصد الإمام أرضاً على ساقية ليصرف خراجها لكلفتها فاستغنى عنها لخراب البلد فنقلها وكيل الإمام لساقية في مدان هل يصح؟ أجاب بعض الشافعية بأن الإرصاد على الملك إرصاد على المالك: يعني فيصح فحينئذ يلزم المرصد عليه إدارتها كما كانت.

في الخيرية خلافه حيث قال في تعليل جواب ما نصه: للانقطاع الذي صرحوا به بأنه يصرف إلى الأقرب للواقف لأنه أقرب لغرضه على الأصح اهـ. وهذا سبق قلم، فإن ما ذكره مذهب الشافعي فقد قال نفسه في محل آخر من الخيرية والمنقطع الوسط فيه خلاف، قيل يصرف إلى المساكين وهو المشهور عندنا والمتظافر على ألسنة علمائنا. ثم قال بعد أسطر في جواب سؤال آخر: وفي منقطع الوسط الأصح صرفه إلى الفقراء، وأما مذهب الشافعي فالمشهور أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف اهـ. قوله: (ينبغي الخ) وفي فتاوى الحانوتي بعد كلام: فعلم أنه إذا شرط الوقف المعلوم لأحد أنه يستحقه عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظراً أو غيره كالجابي اهـ. قوله: (أرصد الإمام أرضاً) أي أخرجها من بيت المال وعينها لهذه الجهة والإرصاد ليس بوقف حقيقة لعدم الملك بل يشبهه كما قدمناه. قوله: (يعني فيصح) عبارة النهر بعده: وهذا لم أره في كلام علمائنا، إلا أنه في الخلاصة قال: المسجد إذا خرب أو الحوض إذا خرب ولم يحتج إليه لتفرق الناس عنه صرفت أوقافه في مسجد آخر أو حوض آخر اهـ. وعلى هذا فيلزم المرصد عليه أن يديرها لسقي الدواب وتسبيل الماء كما كانت، ولا يتوهم من كونه إرصاداً على المالك أن لا يلزم ذلك فتدبر اهـ. كلام النهر.

وحاصله: أن المنقول عندنا أن الموقوف عليه إذا خرب يصرف وقفه إلى مجانسه، فتصرف أوقاف المسجد إلى مسجد آخر وأوقاف الحوض إلى حوض آخر والإرصاد نظير الوقف، فحيث استغنى عن الساقية الأولى وأرصد وكيل الإمام الأرض على الساقية الثانية المملوكة وكان ذلك إرصاداً على مالكها يلزم المالك أن يدير تلك الأرض: أي غلتها وخراجها إلى سقي الدواب ونحوها ليكون صرفاً إلى ما يجانس الأول كما في الوقف، لأن وكيل الإمام لم يرصدها ليتمتع المالك بخراجها كيفما أراد، بل ليكون لسقي الماء كما كانت حين أرصدها الإمام أولاً. وظاهر هذا أنه لا يلزم المالك بإدارة خراج الأرض على ساقيته التي أرصد عليها وكيل الإمام، بل عليها أو

لما في الحاوي، الحوض إذا خرب صرفت أوقافه في حوض آخر، فتدبر.

دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتاً منها على عتيقة فلان والباقي على ذريته وعقبه ثم على عتقائه فآل الوقف إلى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت في الثاني؟ اختلف الإفتاء أخذاً من خلاف مذكور في الذخيرة لكن في الخانية:

على ساقية أخرى، إذ لا يلزمه بالإرصاد المذكور أن يسبل ملكه كما لا يخفى، وبهذا التقرير ظهر لك أن الضمير في قوله إدارتها كما كانت عائد إلى الأرض المرصدة لا إلى الساقية كما لا يخفى، وإلا لزم أن يجعل ساقيته سبيلاً للناس جبراً ولا يقوله أحد، فافهم. قوله: (لما في الحاوي الخ) حاصله: أن ما خرب تصرف أوقافه إلى مجانسه لكنه الإرصاد، فهو استدلال على قوله تلزم إدارتها: أي الأرض المرصدة كما كانت: أي بأن يصرف خراجها في تسبيل الماء كما قررناه، والمقصود إلحاق الإرصاد بالوقف لأنه نظيره ولا يضر كون النقل فيما ذكره من وقف إلى وقف وفي الحادثة من وقف إلى ملك، فافهم.

مَطْلَبٌ: وَقَفَ بَيْتاً عَلَى عَتِيقَةِ فُلَانٍ وَالْبَاقِي عَلَى عُتَقَائِهِ هَلْ يَدْخُلُ فُلَانٌ مَعَهُمْ؟

قوله: (في الثاني) متعلق بيدخل أي في الوقف الثاني الموقوف على الذرية والعقب ثم على العتقاء، والمراد هل يشارك عتيقة فلان بقية العتقاء فيما آل إليهم لكونه منهم أو لا يدخل لكون الواقف خصه بوقف على حدة. قوله: (مذكور في الذخيرة) عبارتها: لو جعل نصف غلة أرضه لفقراء قرابته والنصف الآخر للمساكين فاحتاج فقراء قرابته هل يعطون من نصف المساكين؟ قال هلال: لا، وهو قول إبراهيم بن خالد السمتي، وقال إبراهيم بن يوسف وعلي بن أحمد الفارسي وأبو جعفر الهندواني: يعطون. اهـ نهر. قوله: (لكن في الخانية الخ) استدراك على قوله: «اختلف الإفتاء» فإن المراد به إفتاء بعض علماء الروم: يعني حيث وجد تصريح الخانية بالأصح فلا وجه للاختلاف، بل يلزم متابعة الأصح بعد عبارة الخانية. وقال في النهر: هذا ملخص رسالة كبيرة لمولانا قاضي القضاة علي جلبي وضعها حين نقض حكم مولانا محمد شاه لأدرنه، ولكل منهما رد على صاحبه، وقد علمت ما هو المعتمد فاعتمده، والله سبحانه الموفق اهـ.

مَطْلَبٌ: وَقَفَ النِّصْفَ عَلَى ابْنِهِ زَيْدٍ وَالنِّصْفَ عَلَى امْرَأَتِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِ يَدْخُلُ زَيْدٌ فِيهِمْ

قلت: وقد رأيت في الخانية صريح الواقعة وهو وقف صيغة نصفها على امرأته ونصفها على ولده زيد على أنه إن ماتت المرأة فنصيبها لأولاده، ثم ماتت المرأة

أوصى لرجل بمال ولفقرائه بمال والموصى له محتاج هل يعطى من نصيب الفقراء؟ اختلفوا، والأصح نعم.

استأجر داراً موقوفة فيها أشجار مثمرة هل له الأكل منها؟ الظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل لما في الحاوي: غرس في المسجد أشجاراً تثمر إن غرس للسبيل فلكل مسلم الأكل، وإلا فتباع لمصالح المسجد.

فالنصف لابنه زيد ونصيب المرأة لسائر الأولاد ولزيد، لأنه جعل نصيبها بعد موتها لأولاده وزيد منهم أيضاً اهـ ملخصاً، ولم يحك فيه خلافاً. وأما مسألة الوصية المذكورة هنا فقد ذكر في الولوالجية فيها تفصيلاً، فقال: إن أوصى للكل دفعة واحدة لا يأخذ، وإن أوصى له ثم أوصى بوصايا أخر ثم أوصى في آخره للفقراء بكذا فله أن يأخذ لأنه في الأول لما قال بمرة واحدة ميزه به وبين الفقراء فلا يصح الجمع اهـ. وأفتى الحانوتي في الوقف بمثله قياساً عليه، فيمن وقف ثلثي كذا على طائفة والثلث على الفقراء فراجعه، لكن ما نقله عن الخانية يخالفه، فإن ظاهره أنه وقف الكل دفعة واحدة، وهو ظاهر ما نقله الشارح عنها أيضاً. فالظاهر عدم التفصيل[1] في الوقف والوصية، والله سبحانه أعلم.

مطلب: استأجر داراً فيها أشجار

قوله: (لم يأكل) أي بل يبيعها المتولي ويصرفها في مصالح الوقف. بحر.
قوله: (إن غرس للسبيل) وهو الوقف على العامة. بحر. قوله: (وإلا) أي وإن لم يغرسها للسبيل بأن غرسها أو لم يعلم غرضه. بحر عن الحاوي. وهذا محل الاستدلال على قوله الظاهر: أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل، وهو ظاهر، فافهم. وعزاه لصاحب البحر حيث قال: ومقتضاه: أي مقتضى ما في الحاوي أنه في البيت الموقوف إذا لم يعرف الشرط أن يأخذها المتولي ليبيعها ويصرفها في مصالح الوقف، ولا يجوز للمستأجر الأكل منها اهـ. وضمير يبيعها للثمار لا للأشجار، لما في البحر عن الظهيرية: شجرة وقف في دار وقف خربت ليس للمتولي أن يبيع الشجرة ويعمر الدار، ولكن يكري الدار ويستعين بالكراء على عمارة الدار لا بالشجرة اهـ. فهذا مع خراب الدار، فكيف يجوز بيعها مع عمارها. ثم الظاهر أنه في مسألتنا يدفع الشجرة على وجه المساقاة للمستأجر. قال في الإسعاف: ولو كان في أرض الوقف شجر فدفعه معاملة

---

(1) في ط (قوله فالظاهر عدم التفصيل) فيه أن هذا الظاهر مخالف لقاعدة حمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحادثة، وقد تقدمت فيجب حمل ما في الخانية على ما إذا كان عقد واحداً، وقد رأيت في الهندية عن المحيط ما يفيد ذلك حيث قال بعد نقل عبارة الخانية المارة: يجب أن يكون جواب هلال فيما إذا كان عقد واحد.

قولهم: شرط الواقف كنص الشارع: أي في المفهوم والدلالة

بالنصف مثلاً جاز. اهـ. ثم ظاهر كلام البحر أن هذه الأشجار في الدار لا تمنع صحة استئجارها، لأنها لا تعدّ شاغلة لأنها لا تخل بالمقصود، وهو السكنى، بخلاف الأشجار في الأرض لأن ظلها يمنع الانتفاع بالزراعة. ولهذا شرطوا أن يتقدم عقد المساقاة على الأشجار، وسيأتي مسألة غرس المستأجر والمتولي.

مَطْلَبٌ فِي قَوْلِهِمْ شَرْطُ الْوَاقِفِ كَنَصِّ الشَّارِعِ

قوله: (قولهم شرط الواقف كنص الشارع) في الخيرية قد صرحوا بأن الاعتبار في الشروط لما هو الواقع لا لما كتب في مكتوب الوقف، فلو أقيمت بينة لما لم يوجد في كتاب الوقف عمل بها بلا ريب، لأن المكتوب خط مجرد، ولا عبرة به لخروجه عن الحجج الشرعية اهـ ط.

مَطْلَبٌ: بَيَانُ مَفْهُومِ الْمُخَالَفَةِ

قوله: (أي في المفهوم والدلالة الخ) كذا عبر في الأشباه، والذي في البحر عن العلامة قاسم «في الفهم والدلالة» وهو المناسب، لأن المفهوم عندنا غير معتبر في النصوص، والمراد به مفهوم المخالفة المسمى دليل الخطاب، وهو أقسام مفهوم الصفة، والشرط والغاية والعدد واللقب: أي الاسم الجامد كثوب مثلاً. والمراد بعدم اعتباره في النصوص أن مثل قولك: أعط الرجل العالم أو أعط زيداً إن سألك أو أعطه إلى أن يرضى أو أعطه عشرة أو أعطه ثوباً لا يدل على نفي الحكم عن المخالف للمنطوق، بمعنى أنه لا يكون منهياً عن إعطاء الرجل الجاهل، بل هو مسكوت عنه وباق على العدم الأصلي، حتى يأتي دليل يدل على الأمر بإعطائه أو النهي عنه، وكذا في البواقي. وتمام الكلام على ذلك في كتب الأصول.

مَطْلَبٌ: مَفْهُومُ التَّصْنِيفِ حُجَّةٌ

نعم المفهوم معتبر عندنا في الروايات في الكتب، ومنه قوله في أنفع الوسائل: مفهوم التصنيف حجة اهـ. أي لأن الفقهاء يقصدون بذكر الحكم في المنطوق نفيه عن المفهوم غالباً، كقولهم: تجب الجمعة على كل ذكر حرّ بالغ عاقل مقيم، فإنهم يريدون بهذه الصفات نفي الوجوب عن مخالفها، ويستدل به الفقيه على نفي الوجوب على المرأة والعبد والصبي الخ. وقد يقال: إن مراده بقوله في المفهوم: إنه لا يعتبر مفهومه كما لا يعتبر في نصوص الشارع.

مَطْلَبٌ: لَا يُعْتَبَرُ الْمَفْهُومُ فِي الْوَقْفِ

وفي البيري: نحن لا نقول بالمفهوم في الوقف كما هو مقرر، ونص عليه الإمام

وجوب العمل به، فيجب عليه خدمة وظيفته أو تركها لمن يعمل، وإلا أثم، لا

الخصاف وأفتى به العلامة قاسم اهـ. وبه صرح في الخيرية أيضاً: أي فإذا قال: وقفت على أولادي الذكور يصرف إلى الذكور منهم بحكم المنطوق، وأما الإناث فلا يعطى لهن لعدم ما يدل على الإعطاء، إلا إذا دل في كلامه دليل على إعطائهن فيكون مثبتاً لإعطائهن ابتداء لا بحكم المعارضة، لكن نقل البيري في محل آخر عن المستصفى، وخزانة الروايات والسراجية أن تخصيص الشيء بالذكر يدل على نفي ما عداه في متفاهم الناس وفي المعقولات وفي الروايات.

مَطْلَبٌ: ٱلْمَفْهُومُ مُعْتَبَرٌ فِي عُرْفِ ٱلنَّاسِ وَٱلْمُعَامَلاتِ وَٱلْعَقْلِيَّاتِ

قلت: وكذا قال ابن أمير حاج في شرح التحرير عن حاشية الهداية للخبازي، عن شمس الأئمة الكردري: أن تخصيص الشيء بالذكر، لا يدل على نفي الحكم عما عداه في خطابات الشارع، أما في متفاهم الناس وعرفهم وفي المعاملات والعقليات يدل اهـ. قال في شرح التحرير: وتداوله المتأخرون، وعليه ما في خزانة الأكمل والخانية: لو قال مالك عليّ أكثر من مائة درهم، كان إقراراً بالمائة اهـ. فعلم أن المتأخرين على اعتبار المفهوم في غير النصوص الشرعية، وتمام تحقيق ذلك في شرحنا على منظومتنا في رسم المفتي، وحيث كان المفهوم معتبراً في متفاهم الناس وعرفهم وجب اعتباره في كلام الواقف أيضاً، لأنه يتكلم على عرفه، ومن هذا قال العلامة قاسم: ونص أبو عبد الله الدمشقي في كتاب الوقف عن شيخه شيخ الإسلام قول الفقهاء: نصوصه كنص الشارع: يعني في الفهم والدلالة، لا في وجوب العمل، مع أن التحقيق أن لفظه، ولفظ الموصي، والحالف، والناذر، وكل عاقد، يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا اهـ.

قال العلامة قاسم: قلت: وإذا كان المعنى ما ذكر، فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسر لا يحتمل تخصيصاً ولا تأويلاً يعمل به، وما كان من قبيل الظاهر كذلك، وما احتمل وفيه قرينة حمل عليها، وما كان مشتركاً لا يعمل به، لأنه لا عموم له عندنا، وإنما يقع فيه نظر المجتهد ليترجح أحد مدلوليه، وكذلك ما كان من قبيل المجمل إذا مات الواقف، وإن كان حياً يرجع إلى بيانه، هذا معنى ما أفاده اهـ. قوله: (ووجوب العمل به) هذا مخالف لما نقلناه آنفاً، مع أنه في البحر نقله أيضاً وقال عقبه: فعلى هذا إذا ترك صاحب الوظيفة مباشرتها في بعض الأوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأثم عند الله تعالى، غايته أنه لا يستحق المعلوم اهـ. نعم في الأشباه جزم بما ذكره الشارح، وقواه في النهر، وعزاه في قضاء البحر إلى شرح المجمع.

قلت: ويظهر لي عدم التنافي، وذلك أن عدم وجوب العمل به من حيث ذاته:

سيما فيما يلزم بتركها تعطيل الكل. من النهر.

وفي الأشباه الجامكية في الأوقاف: لها شبه الأجرة: أي في زمن المباشرة والحل للأغنياء، وشبه الصلة، فلو مات أو عزل لا تسترد المعجلة، وشبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف، فإنه لا يصح على الأغنياء ابتداء، وتمامه فيها.

بدليل أنه لو ترك الوظيفة أصلاً وباشرها غيره لم يأثم، وهذا لا شبهة فيه، ووجوب العمل به باعتبار حلّ تناول المعلوم، بمعنى أنه لو لم يعمل به وتناول المعلوم أثم لتناوله بغير حق. قوله: (الكل من النهر) مبتدأ وخبر: أي كل هذه الفروع مأخوذ من النهر.

مَطْلَبٌ: الجَامِكِيَّةُ فِي الأَوْقَافِ

قوله: (الجامكية) هي ما يرتب في الأوقاف لأصحاب الوظائف كما يفيده كلام البحر عن ابن الصائغ. وفي الفتح: الجامكية كالعطاء، وهو ما يثبت في الديوان باسم المقاتلة أو غيرهم، إلا أن العطاء سنوي والجامكية شهرية.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ مَاتَ المُدَرِّسُ أَوْ عُزِلَ قَبْلَ مَجِيءِ الغَلَّةِ

قوله: (أي في زمن المباشرة الخ) يعني أن اعتبار شبهها بالأجرة من حيث حل تناولها للأغنياء، إذ لو كانت صدقة محضة لم تحل لمن كان غنياً، ومن حيث إن المدرس لو مات أو عزل في أثناء السنة قبل مجيء الغلة وظهورها من الأرض، يعطى بقدر ما باشر، ويصير ميراثاً عنه، كالأجير إذا مات في أثناء المدة؛ ولو كانت صلة محضة لم يعط شيئاً، لأن الصلة لا تملك قبل القبض بل تسقط بالموت قبله، بخلاف القاضي إذا مات في أثناء المدة، فإنه يسقط رزقه، لأنه ليس فيه شبه الأجرة لعدم جواز أخذ الأجرة على القضاء. أما على التدريس وهو التعليم، فأجازه المتأخرون، وبخلاف الوقف على الأولاد والذرية، فإن من مات منهم قبل ظهور الغلة سقط أيضاً لأنه صلة محضة كما حرره الطرسوسي، وتقدم تمامه عند قول المصنف: «مات المؤذن والإمام ولم يستوفيا وظائفهما الخ». قوله: (لا تسترد المعجلة) أي لو قبض جامكية السنة بتمامها، ومات في أثناء السنة لا يسترد حصة ما بقي، لأن الصلة تملك بالقبض، ويحل له لو فقيراً كما قدمه الشارح، ولو كانت أجرة محضة استرد منه ما بقي. قوله: (فإنه لا يصح على الأغنياء ابتداء) لأنه لا بد أن يكون صدقة من ابتدائه، لأن قوله صدقة موقوفة أبداً ونحوه شرط لصحته كما مر تحريره، وأشرنا إليه أول الباب، وبينا أن اشتراط صرف الغلة لمعين يكون بمنزلة الاستثناء من صرفه إلى الفقراء، فيكون ذلك المعين قائماً مقامهم، فصار في معنى الصدقة عليه لقيامه مقامهم. هذا غاية ما وصل إليه فهمي في هذا المحل، فليتأمل. قوله: (وتمامه فيها) قدمنا حاصله.

يكره إعطاء نصاب لفقير من وقف الفقراء، إلا إذا وقف على فقراء قرابته. اختيار. ومنه يعلم حكم المرتب الكثير من وقف الفقراء لبعض العلماء الفقراء، فليحفظ.

ليس للقاضي أن يقرّر وظيفة في الوقف بغير شرط الواقف، ولا يحل للمقرر الأخذ إلا النظر على الوقف

قوله: (يكره إعطاء نصاب لفقير الخ) لأن صدقة فأشبه الزكاة أشباه. قوله: (إلا إذا وقف على فقراء قرابته) أي فلا يكره لأنه كالوصية أشباه، ولأنه وقف على معينين لا حق لغيرهم فيه فيأخذونه قلّ أو كثر. قوله: (لبعض العلماء الفقراء) متعلق بالمرتب، فإن كان ذلك المرتب بشرط الواقف، فلا شبهة في جواز ما رتبه وإن كثر، وإن كان من جهة غيره كالمتولي، فلا يجوز النصاب. هذا ما ظهر لي. وفي حاشية الحموي: المرتب إعطاء شيء لا في مقابلة خدمة، بل لصلاح المعطي أو علمه أو فقره، ويسمى في عرف الروم الزوائد اهـ.

مَطْلَبٌ: لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُقَرِّرَ وَظِيفَةً فِي الْوَقْفِ إِلَّا النَّظَرَ

قوله: (ليس للقاضي أن يقرر وظيفة في الوقف الخ) يعني وظيفة حادثة لم يشرطها الواقف، أما لو قرر في وظيفة مشروطة جاز؛ إلا إذا شرط الواقف التقرير للمتولي كما قدمناه عن الذخيرة. وقال الخير الرملي في حاشية البحر: وهذا: أي عدم التقرير بغير شرط إذا لم يقل وقفت على مصالحه، فلو قال يفعل القاضي كل ما هو من مصالحه اهـ. وهذا أيضاً في غير أوقاف الملوك والأمراء، أما هي فهي أوقاف صورية لا تراعى شروطها كما أفتى به المولى أبو السعود، ويأتي قريباً في الشرح عن المبسوط. قوله: (إلا النظر على الوقف) اعلم أن عدم جواز الأحداث مقيد بعدم الضرورة كما في فتاوى الشيخ قاسم، أما ما دعت إليه الضرورة واقتضت المصلحة كخدمة الربعة الشريفة وقراءة العشر والجباية وشهادة الديوان فيرفع إلى القاضي، ويثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك، ويقدر له أجر مثله، أو يأذن للناظر في ذلك. قال الشيخ قاسم: والنص في مثل هذا في الولوالجية أبو السعود على الأشباه، وعليه فالاقتصار على النظر فيه نظر، كما أفاده ط.

قلت: لكن في الذخيرة وغيرها: ليس للقاضي أن يقرر فراشاً في المسجد بلا شرط الواقف. قال في البحر: إن في تقريره مصلحة، لكن يمكن أن يستأجر المتولي فراشاً، والممنوع تقريره في وظيفة تكون حقاً له، ولذا صرح في الخانية بأن للمتولي أن يستأجر خادماً للمسجد بأجرة المثل، واستفيد منه عدم صحة تقرير القاضي، بلا شرط في شهادة ومباشرة وطلب بالأولى اهـ.

بأجر مثله. قنية.

تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه وكان عالماً تقياً. ثم قال بعد ورقتين: والخطيب يلحق بالإمام، بل هو إمام الجمعة. قلت:

مَطْلَبٌ: اَلْمُرَادُ مِنَ الْعُشْرِ لِلْمُتَوَلِّي أَجْرُ الْمِثْلِ

قوله: (بأجر مثله) وعبر بعضهم بالعشر، والصواب أن المراد من العشر أجر المثل، حتى لو زاد على أجر مثله رد الزائد كما هو مقرر معلوم؛ ويؤيده أن صاحب الولوالجية بعد أن قال: جعل القاضي للقيم عشر غلة الوقف فهو أجر مثله؛ ثم رأيت في إجابة السائل، ومعنى قول القاضي للقيم عشر غلة الوقف. أي التي هي أجر مثله، لا ما توهمه أرباب الأغراض الفاسدة الخ. بيري على الأشباه من القضاء.

قلت: وهذا فيمن لم يشرط له الواقف شيئاً، وأما الناظر بشرط الواقف فله ما عينه له الواقف، ولو أكثر من أجر المثل كما في البحر، ولو عين له أقل فللقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه كما بحثه في أنفع الوسائل، ويأتي قريباً ما يؤيده، وهذا مقيد لقوله الآتي: ليس للمتولي أخذ زيادة على ما قرر له الواقف أصلاً.

مَطْلَبٌ فِي زِيَادَةِ الْقَاضِي فِي مَعْلُومِ الإِمَامِ

قوله: (تجوز الزيادة من القاضي الخ) أي إذا اتحد الواقف والجهة كما مر في المتن، وفي البحر عن القنية قبيل فصل أحكام المسجد: يجوز صرف شيء من وجوه مصالح المسجد للإمام إذا كان يتعطل لو لم يصرف إليه يجوز صرف الفاضل من المصالح للإمام الفقير بإذن القاضي؛ ولو زاد القاضي في مرسومه من مصالح المسجد، والإمام مستغن وغيره يؤم بالمرسوم المعهود تطيب له الزيادة لو عالماً تقياً، ولو نصب إمام آخر له أخذ الزيادة إذا كانت لقلة وجود الإمام لا لو كانت للمعنى في الأول كفضيلة أو زيادة حاجة الخ. فعلم أنه تجوز الزيادة إذا كان يتعطل المسجد بدونها أو كان فقيراً أو عالماً تقياً، فالمناسب العطف بأو في قوله: «وكان عالماً تقياً» وأما ما في قضاء البحر لو قضى بالزيادة لا ينفذ، فهو محمول على ما إذا فقدت منه الشروط المذكورة كما أجاب به بعضهم، ومقتضى التقييد بالقاضي أن المتولي ليس له أن يزيد للإمام. قوله: (ثم قال) أي في الأشباه. قوله: (يلحق بالإمام) الظاهر أنه يلحق به كل من في قطعه ضرر إذا كان المعين لا يكفيه: كالناظر، والمؤذن، ومدرس المدرسة، والبواب ونحوهم إذا لم يعملوا بدون الزيادة؛ يؤيده ما في البزازية: إذا كان الإمام والمؤذن لا يستقر لقلة المرسوم للحاكم الديني أن يصرف إليه من فاضل وقف المصالح والعمارة باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة لو اتحد الواقف، لأن غرضه إحياء وقفه لا لو اختلف، أو اختلفت الجهة بأن بنى مدرسة ومسجداً وعين لكل وقفاً وفضل من غلة أحدهما لا يبدل شرطه.

واعتمده في المنظومة المحبية ونقل عن المبسوط أن السلطان يجوز له مخالفة

مَطْلَبٌ: لِلسُّلْطَانِ مُخَالَفَةُ الشَّرْطِ إِذَا كَانَ الوَقْفُ مِنْ بَيْتِ المَالِ

قوله: (ونقل) أي صاحب المحبية عن المبسوط، أي مبسوط خواهر زاده. والذي في الأشباه بعد ما نقل عن ينبوع السيوطي ما يفيد أن الوظائف المتعلقة بأوقاف الأمراء والسلاطين، إن كان لها أصل من بيت المال، أو ترجع إليه، يجوز لمن كان بصفة الاستحقاق من عالم بعلم شرعي، وطالب علم كذلك أن يأكل منها ولو لم يكن مقيداً بما شرطوه ما نصه: وقد اغتر بذلك كثير من الفقهاء في زماننا فاستباحوا تناول معاليم الوظائف بغير مباشرة، ومخالفة الشروط، والحال أن ما نقله السيوطي عن فقهائهم إنما هو فيما بقي لبيت المال، ولم يثبت له ناقل، أما الأراضي التي باعها السلطان وحكم بصحة بيعها ثم وقفها المشتري فإنه لا بد من مراعاة شرائطه؛ ولا فرق بين أوقاف الأمراء والسلاطين؛ فإن للسلطان الشراء من وكيل بيت المال، وهي جواب الواقعة التي أجاب عنها المحقق ابن الهمام في فتح القدير، فيمن سئل عن الأشرف برسباي أنه اشترى من وكيل بيت المال أرضاً وقفها، فأجاب بما ذكرناه. وأما إذا وقف السلطان من بيت المال أرضاً للمصلحة العامة: فذكر في الحاوية جوازه، ولا يراعى ما شرطه دائماً اهـ. فحينئذ ينبغي التفصيل فيما نقله في المحبية: فإن كان السلطان اشترى الأراضي والمزارع من وكيل بيت المال يجب مراعاة شرطه، وإن وقفها من بيت المال لا تجب مراعاته اهـ ط.

قلت: ويفهم من قول الأشباه: إنما هو فيما بقي من بيت المال ولم يثبت له ناقل إلخ، أنه إنما يراعى شرطه إذا ثبت الناقل، وهو كون الواقف ملكها بشراء أو إقطاع رقبة بأن كانت مواتاً لا ملك لأحد فيها فأقطعها السلطان لمن له حق في بيت المال، أما بدون ثبوت الناقل فلا، لأنها بعدما علم أنها من بيت المال فالأصل بقاؤها على ما كانت فيكون وقفها إرصاداً، وهو ما يفرزه الإمام من بيت المال ويعينه لمستحقيه من العلماء ونحوهم عوناً لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال، فتجوز مخالفة شرطه لأن المقصود وصول المستحق إلى حقه. وعن هذا قال المولى أبو السعود مفتي دار السلطنة: إن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها، لأنها من بيت المال أو ترجع إليه[1] اهـ.

قلت: والمراد من عدم مراعاة شرطها أن للإمام أو نائبه أن يزيد فيها وينقص

---

(١) من ط (قوله أو ترجع إليه) صورته، اشترى الإمام مملوكاً لبيت المال ودفع ثمنه منه ثم أعتقه ثم اشترى هذا العتيق أشياء ووقفها، فهذا الوقف لا ترى شروطه لرجوعه لبيت المال لعدم صحة عتق الإمام، فإن تصرفه في بيت المال مشروط بالمصلحة.

الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع فيعمل بأمره وإن غاير شرط الواقف، لأن أصلها لبيت المال. يصح تعليق التقرير في الوظائف، فلو قال

ونحو ذلك، وليس المراد أنه يصرفها عن الجهة المعينة بأن يقطع وظائف العلماء، ويصرفها إلى غيرهم، فإن بعض الملوك أراد ذلك فمنعهم علماء عصرهم، وقد أوضحنا ذلك كله في باب العشر والخراج. وقدمنا شيئاً منه قبيل الفصل عند قوله: «دون رفع الإقطاعات» ولا يقاس على ذلك أوقاف غير الملوك والأمراء، بل تجب مراعاة شروطهم، لأن أوقافهم كانت أملاكاً لهم.

مطلب: يصح تعليق التقرير في الوظائف

قوله: (يصح تعليق التقرير في الوظائف) هذا ذكره في نفع الوسائل تفقهاً أخذاً من جواز تعليق القضاء والإمارة بجامع الولاية، فلو مات المعلق بطل التقرير، وهو تفقه حسن. أشباه.

قلت: ودليله من السنة ما في صحيح البخاري من «أنه ﷺ أمّر في غزوة مؤتة[1] زيد بن حارثة، وقال ﷺ: إن قتل زيد فجعفر بن أبي طالب، فإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة» الحديث. ثم رأيت الإمام السرخسي في شرح السير الكبير ذكر الحديث دليلاً على ذلك وقال فيه أيضاً ما حاصله: لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله فيما يستقبل لزوال ولايته بالعزل، لا لو مات أميرهم فأمّروا عليهم غيره، لأن الثاني قائم مقامه، إلا إذا أبطله الثاني، ولو كان الخليفة قال لهم: إن مات أميركم فأميركم فلان، فإنه يبطل تنفيل الأول، لأن الثاني نائب الخليفة بتقليده من جهته، فكأنه قلده ابتداء فينقطع رأي الأول برأي قوله اهـ ملخصاً.

وحاصله: بطلان تنفيل الأمير بعزله، وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لا من جهة العسكر إلا إذا أبطله الثاني، ولا يخفى أن التنفيل بقوله من قتل قتيلاً فله سلبه فيه تعليق استحقاق النفل بالقتل، ففيه دليل على قوله: فلو مات المعلق بطل التقرير، ويدل أيضاً على بطلانه بالعزل. بقي هل له الرجوع قبل الموت أو الشعور؟ فالذي حرره في نفع الوسائل أنه لا يصح عزله، لأن المعلق ينشرط عدم قبل وجود الشرط، والتعليق ليس بسبب للحال عندنا. وفرق بين هذه المسألة وبين ما لو وكله وكالة مرسلة ثم قال له: كلما عزلتك فأنت وكيلي في ذلك وكالة مستقبلة، ثم قال: عزلتك عن تلك الوكالة كلها، فروي عن محمد أنه ينعزل عن المعلقة، وعن أبي يوسف: لا ينعزل. ووجه الفرق أن التعليق عند محمد حصل في ضمن الوكالة المتنجزة،

---

(1) في ط (قوله مؤتة) بضم الميم وسكون الواو [illegible] من جهة الشام.

القاضي: إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيها صح. ليس للقاضي عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين حتى يثبتوا عليه خيانة. وكذا الوصي والناظر إذا آجر إنساناً فهرب ومال الوقف عليه لم يضمن، ولو فرط في خشب الوقف حتى ضاع ضمن.

فصار المجموع سبباً، وقد يثبت ضمناً ما لا يثبت قصداً، فلا يمكن أن يقول هنا بصحة العزل لأنه قصدي، فيبقى جواب محمد وجواب أبي يوسف هنا واحداً في أنه لا يصح العزل. هذا خلاصة ما أطال به.

قلت: لكن علمت أن للأمير الثاني إبطال التنفيذ، والظاهر أن الأول كذلك فكذا يقال هنا لو رجع عن التعليق يصح لأنه قبل موت فلان ليس عزلاً بلا جنحة لأنه لا يتقرر في الوظيفة إلا بعد موت فلان، وقبله لم يثبت له استحقاق فيها إذ لو ثبت لم يعلق التقرير بموت المعلق فافهم. قوله: (أو شغرت) بفتح الشين والغين المعجمتين أي خلت عن العمل والبلد الشاغر الخالية عن التصر والسلطان ط.

مَطْلَبٌ: لَيْسَ لِلْقَاضِي عَزْلُ النَّاظِرِ

قوله: (ليس للقاضي عزل الناظر) قيد بالقاضي لأن الواقف له عزله ولو بلا جنحة، به يفتى كما قدمناه عند قوله: «وينزع لو غير مأمون» وقدمنا هناك عن الأشباه أنه لا يجوز للقاضي عزل الناظر المشروط له النظر بلا خيانة، ولو عزله لا يصير الثاني متولياً، ويصح عزله لو منصوب القاضي وأنه في جامع الفصولين قال: لا يملك القاضي عزله مطلقاً إلا لموجب، وتقدم تمامه. وأن في البحر أخذ منه عدم العزل لصاحب وظيفة إلا بجنحة أو عدم أهلية، وقدمنا هناك أيضاً بعض موجبات العزل، وأحكام الفراغ والتقرير في الوظائف.

مَطْلَبٌ: لِلْقَاضِي أَنْ يُدْخِلَ مَعَ النَّاظِرِ غَيْرَهُ بِمُجَرَّدِ الشِّكَايَةِ

قوله: (حتى يثبتوا عليه خيانة) نعم له أن يدخل معه غيره بمجرد الشكاية والطعن كما حرره في أنفع الوسائل أخذاً من قول الخصاف: إن طعن عليه في الأمانة لا ينبغي إخراجه إلا بخيانة ظاهرة، وأما إذا أدخل معه رجلاً فأجره باق، وإن رأى الحاكم أن يجعل ذلك الرجل منه شيئاً فلا بأس، وإن كان المال قليلاً فلا بأس أن يجعل للرجل رزقاً من غلة الوقف ويقتصد فيه اهـ ملخصاً. وسيأتي حكم تصرفه عند قوله: «ولو ضم القاضي للقيم ثقة الخ». قوله: (وكذا الوصي) أي وصي الميت ليس للقاضي عزله بمجرد الشكاية، بخلاف الوصي من جهة القاضي كما سيأتي في بابه آخر الكتاب. قوله: (إذا آجر إنساناً) أي وامتنع من مطالبته. بزازية. قوله: (ولو فرط في خشب الوقف الخ) وعلى هذا إذا قصر المتولي في عين ضمنها إلا بما كان في الذمة كما في

لا تجوز الاستدانة على الوقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف كتعمير وشراء بذر، فيجوز بشرطين: الأول إذن القاضي، فلو ببعد منه يستدين بنفسه. الثاني: أن لا تتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها. والاستدانة القرض والشراء نسيئة.

البحر، فلو ترك بساط المسجد بلا نفض حتى أكلته الأرضة ضمن إن كان له أجرة، وكذا خازن الكتب الموقوفة كما في الصيرفية. ط عن الحموي والبيري.

مَطْلَبٌ فِي الاسْتِدَانَةِ عَلَى الْوَقْفِ

قوله: (**لا تجوز الاستدانة على الوقف**) أي إن لم تكن بأمر الواقف، وهذا بخلاف الوصي فإن له أن يشتري لليتيم شيئاً نسيئة بلا ضرورة، لأن الدين لا يثبت ابتداء إلا في الذمة، واليتيم له ذمة صحيحة، وهو معلوم فتتصور مطالبته، أما الوقف فلا ذمة له. والفقراء وإن كانت لهم ذمة لكن لكثرتهم لا تتصور مطالبتهم. فلا يثبت إلا على القيم، وما وجب عليه لا يملك قضاءه من غلة للفقراء، ذكره هلال. وهذا هو القياس، لكنه ترك عند الضرورة كما ذكره أبو الليث[1] وهو المختار: أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضي إن لم يكن بعيداً عنه، لأن ولايته أعم في مصالح المسلمين. وقيل تجوز مطلقاً للعمارة. والمعتمد في المذهب الأول. أما ما له منه بد كالصرف على المستحقين فلا كما في القنية، إلا الإمام والخطيب والمؤذن فيما يظهر لقوله في جامع الفصولين: لضرورة مصالح المسجد اهـ. وإلا الحصر والزيت بناء على القول بأنهما من المصالح وهو الراجح. هذا خلاصة ما أطال به في البحر. قوله: (**الأول إذن القاضي**) فلو ادعى الإذن، فالظاهر أنه لا يقبل إلا ببينة وإن كان المتولي مقبول القول، لما أنه يريد الرجوع في الغلة وهو إنما يقبل قوله فيما في يده؛ وعلى هذا فإذا كان الواقع أنه لم يستأذن يحرم عليه الأخذ من الغلة لأنه بلا إذن متبرع. بحر. قوله: (**الثاني أن لا تتيسر إجارة العين الخ**) أطلق الإجارة، فشمل الطويلة منها، ولو بعقود فلو وجد ذلك لا يستدين. أفاده البيري. وما سلف من أن المفتى به بطلان الإجارة الطويلة فذاك عند عدم الضرورة، كما حررناه سابقاً، فافهم. قوله: (**والاستدانة القرض والشراء نسيئة**) صوابه الاستقراض اهـ ح. وتفسير الاستدانة كما في الخانية أن لا يكون للواقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة، أما إذا كان للواقف غلة فأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف كان له أن يرجع بذلك في غلة

(1) في ط (قوله كما ذكره أبو الليث الخ) الذي ذكره أبو الليث هو أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضي فعليه فحق التركيب هكذا: والمختار كما ذكره أبو الليث أنه إذا لم يكن الخ. وعبارة الصدر الشهيد: والمختار ما ذكره أبو الليث إذا لم يكن الخ.

الوقف اهـ. ومفاده أن المراد بالقرض الإقراض من ماله لا الاستقراض من مال غيره لدخوله في الاستدانة.

مطلب في إنفاق الناظر من ماله على العمارة

وفي فتاوى الحانوتي الذي وقفت عليه في كلام أصحابنا: أن الناظر إذا أنفق من مال نفسه على عمارة الوقف، ليرجع في غلته له الرجوع ديانة، لكن لو ادعى ذلك لا يقبل منه، بل لا بد أن يشهد أنه أنفق ليرجع كما في الرابع والثلاثين من جامع الفصولين، وهذا يقتضي أن ذلك ليس من الاستدانة على الوقف، وإلا لما جاز إلا بإذن القاضي ولم يكف الإشهاد اهـ.

قلت: لكن ينبغي تقييد ذلك بما إذا كان للموقوف غلة، وإلا فلا بد من إذن القاضي، كما أفاده ما ذكرناه عن الخانية، ومثله قوله في الخانية أيضاً: لا يملك الاستدانة إلا بأمر القاضي، وتفسير الاستدانة أن يشتري للوقف شيئاً وليس في يده شيء من الغلة، أما لو كان في يده شيء، فاشترى للوقف من مال نفسه ينبغي أن يرجع، ولو بلا أمر قاض اهـ. وما ذكرناه في إنفاقه بنفسه يأتي مثله في إذنه للمستأجر أو غيره بالإنفاق فليس من الاستدانة.

مطلب في إذن الناظر للمستأجر بالعمارة

وفي الخيرية: سئل في عقبة جارية في وقف تهدمت، فأذن الناظر لرجل بأن يعمرها من ماله، فما الحكم فيما صرفه من ماله بإذنه؟ أجاب: اعلم أن عمارة الوقف بإذن متوليه، ليرجع بما أنفق يوجب الرجوع باتفاق أصحابنا وإذا لم يشترط الرجوع ذكر في جامع الفصولين في عمارة الناظر بنفسه قولين، وعمارة مأذونه كعمارته فيقع فيها الخلاف، وقد جزم في القنية والحاوي بالرجوع وإن لم يشترط إذا كان يرجع معظم العمارة إلى الوقف اهـ.

قلت: وفي الفصل الثاني من إجارات التاترخانية عن الحاوي: سئل عمن آجر منزلاً لرجل وقفه والده عليه وعلى أولاده، وأنفق المستأجر في عمارته بأمر المؤجر. قال: إن كان للمؤجر ولاية على الوقف يرجع بما أنفق على الوقف، وإلا كان المستأجر متطوعاً ولا يرجع على المؤجر اهـ. وظاهره مع ما مر عن الخيرية أنه يرجع، وإن لم يكن في يد القيم شيء من غلة الوقف، وهو خلاف ما قدمته عن الخانية فيما لو أنفق من مال نفسه، فلعل ما هنا مبني على رواية أنه لا يشترط في الاستدانة إذن القاضي، وإلا فهو مشكل؛ فليتأمل. وإذا قلنا ببنائه على ذلك فعلى هذا ما يفعل في

وهل للمتولي شراء متاع فوق قيمته ثم بيعه للعمارة ويكون الربح على الوقف؟ الجواب: نعم.

أقرّ بأرض في يد غيره أنها وقف وكذبه ثم ملكها صارت وقفاً.

يعمل بالمصادقة على الاستحقاق

زماننا في إثبات المرصد من تحكيم قاض حنبلي يرى الصحة إذن الناظر للمستأجر بالعمارة الضرورية بلا أمر قاض غير لازم. قوله: (فوق قيمته) أي شراء بثمن مؤجل فوق ما يباع بثمن حال، لأن قيمة المؤجل فوق قيمة الحال. قوله: (ويكون الربح) أي ما ربحه يدفع للمتوج بسبب التأجيل.

مَطْلَبٌ: لَوِ اشْتَرَى ٱلْقَيِّمُ ٱلْعَشَرَةَ بِثَلَاثَةَ عَشَرَ فَالرِّبْحُ عَلَيْهِ

قوله: (الجواب نعم) كذا حرره ابن وهبان. أشباه. لكن في القنية لو لم يكن فيه غلة للعمارة في الحال فاستقرض العشرة بثلاثة عشر في السنة واشترى من المقرض شيئاً يسيراً ثلاثة دنانير يرجع في غلته لعشرة وعليه الزيادة اهـ. قال في البحر وبه اندفع ما ذكره ابن وهبان من أنه لا جواب للمشايخ فيها اهـ. ومثله في شرح المقدسي، وكذا نقل البيري عن التاترخانية مثل ما في القنية وقال: وهذا الذي نفتي به، ومنشأ ما حرره ابن وهبان عدم الوقوف على تحرير الحكم ممن تقدمه، والعجب من المصنف: أي صاحب الأشباه كيف اختاره ورضي به[1] اهـ. قوله: (وكذبه) أي الغير. قوله: (ثم ملكها) أي المقرّ ولو بسبب جبري. أشباه. قوله: (صارت وقفاً) مؤاخذة له بزعمه أشباه.

مَطْلَبٌ فِي ٱلْمُصَادَقَةِ عَلَى ٱلِاسْتِحْقَاقِ

قوله: (يعمل بالمصادقة على الاستحقاق الخ) أقول: اغتر كثير بهذا الإطلاق، وأفتوا بسقوط الحق بمجرد الإقرار، والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه. قال العلامة الكبير الخصاف: أقرّ فقال: غلة هذه الصدقة لفلان دوني ودون الناس جميعاً بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته، ولزمني الإقرار له بذلك، قال: أصدقه على نفسه، وألزم ما أقرّ به ما دام حياً، فإذا مات رددت الغلة إلى من جعلها الواقف له، لأنه لما قال ذلك جعلته كأن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له. وعلله أيضاً

---

(١) في ط (قوله كيف اختاره ورضي به) أعلم أنه أن تصرف الناظر في الوقف مشروط بالمصلحة، حتى لو اشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر لا ينفذ هذا التصرف على الوقف، وحينئذ يكون ما ذكره ابن وهبان غير معارض بنقل المحشي لحصول الغبن الفاحش في شراء الشيء اليسير بثلاثة دنانير فينفذ شراؤه على المتولي، وأما العشرة فقد تم القرض فيها على الوقف بعقد على حدة، بخلاف ما ذكره ابن وهبان فإنه إنما اشتراه بقيمته فقط. وإن زادت على قيمته في الحال.

وإن خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقرّ خاصة فلو أقرّ المشروط له الريع

بقوله: لجواز أن الواقف قال إن له أن يزيد وينقص، وأن يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه اهـ.

أقول: يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضي أن المقرّ إنما أقرّ بذلك لأخذ شيء من المال من المقر له عوضاً عن ذلك لكي يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير مقبول، لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه مما قاله الإمام الخصاف وهو الإقرار الواقع في زماننا، فتأمله، ولا قوة إلا بالله. بيري: أي لو علم أنه جعله لغيره ابتداء لا يصح كما أفاده الشارح بعد. قوله: (وإن خالفت كتاب الوقف) حملاً على أن الواقف رجع عما شرطه، وشرط ما أقر به المقر ذكره الخصاف في باب مستقل. أشباه.

أقول: لم أر شيئاً منه في ذلك الباب، وإنما الذي فيه ما نقله البيري آنفاً، وليس فيه التعليل بأنه رجع عن شرطه ولذا قال الحموي: إنه مشكل، لأن الوقف إذا لزم لزم ما في ضمنه من الشروط، إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل اهـ ملخصاً.

قلت: ويؤيده ما مر عن الدرر قبيل قول المصنف: «اتحد الواقف والجهة» وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت النقل عن الخصاف، والله تعالى أعلم. قوله: (لكن في حق المقر خاصة) فإذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله، ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله في إدخال النقص عليهم، بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجوداً من ولده ونسله، فما أصاب زيداً منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حياً، فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق، وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركه الرجل في الغلة ما دام حياً، فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصدقه زيد عليهم وإن مات الرجل المقرّ له وزيد حيّ فنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد، فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء اهـ. خصاف ملخصاً.

قلت: وإنما عاد نصف الغلة للفقراء إذا مات المقر له مع أن استحقاق الفقراء بعد موت زيد في هذه الصورة الأخيرة، لأن إقراره المذكور يتضمن الإقرار بأنه لا حق له في النصف الذي أقرّ به الرجل، فلا يرجع إليه بعد موت الرجل، فيرجع إلى الفقراء لعدم من يستحقه غيرهم، هذا ما ظهر لي. ويؤخذ منه أنه لو كان الوقف على زيد وأولاده وذريته ثم على الفقراء كما في الصورة الأولى فمات الرجل المقر له، يرجع ما كان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لإقراره بأنه لا حق له فيه ولا إلى أولاده، لأنه لم يقر لهم به ولم ينقص عليهم شيئاً من حقهم، وكذا لو كان الوقف على زيد ثم من بعده

أو النظر أنه يستحقه فلان دونه صح، ولو جعله لغيره لا، وسيجيء آخر الإقرار،

على أولاده وذريته ثم على الفقراء، ثم مات الرجل المقر له يرجع ما كان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لما قلنا، ولا إلى أولاده لأنهم لا يستحقون شيئاً إلا بعد موته، فصارت المسألة في حكم منقطع الوسط الذي بيناه قبيل الفروع كما حررناه في تنقيح الحامدية، فاغتنم هذه الفائدة السنية.

مَطْلَبٌ فِي الْمُصَادَقَةِ عَلَى النَّظَرِ

قوله: (أو النظر) أفاد أن الإقرار بالنظر مثل الإقرار بريع الوقف: أي غلته، فلو أقر الناظر أن فلاناً يستحق معه نصف النظر مثلاً يؤاخذ بإقراره ويشاركه فلان في وظيفته ما دام حياً. يبقى لو مات أحدهما: فإن كان هو المقر فالحكم ظاهر وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرطه له الواقف بعده، وأما لو مات المقر له فهي مسألة تقع كثيراً وقد سئلت عنها مراراً، والذي يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضاً، لكن لا تعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر، وإنما يوجهها القاضي للمقر أو لمن أراد من أهل الوقف، لأنا صححنا إقراره حملاً على أن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف، فيصير كأنه جعل النظر لاثنين. قال في الأشباه: وما شرطه لاثنين ليس لأحدهما الانفراد، وإذا مات أحدهما أقام القاضي غيره، وليس للحي الانفراد إلا إذا أقامه القاضي كما في الإسعاف اهـ. ولا يمكن هنا القول بانتقال ما أقر به إلى المساكين كما قلنا في الإقرار بالغلة، إذ لا حق لهم في النظر وإنما حقهم في الغلة فقط. هذا ما حررته في تنقيح الحامدية، ولم أر من نبه عليه فاغتنمه. قوله: (صح) أي الإقرار المذكور، والمراد أنه يؤاخذ بإقراره حيث أمكن تصحيحه، أما لو كان في نفس الأمر أقر كاذباً لا يحل للمقر له شيء مما أقر به كما صرحوا في غير هذا المحل، إذ الإقرار إخبار لا تمليك على أن التمليك هنا غير صحيح.

مَطْلَبٌ فِي جَعْلِ النَّظَرِ أَوْ الرَّيْعِ لِغَيْرِهِ

قوله: (ولو جعله لغيره لا) أي لا يصير لغيره، لأن تصحيح الإقرار إنما هو معاملة له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقاً له في إخباره مع إمكان تصحيحه، حملاً على أن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له كما مر. أما إذا قال المشروط له الغلة أو النظر: جعلت ذلك لفلان لا يصح، لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه، وفرق بين الإخبار والإنشاء، نعم لو جعل النظر لغيره في مرض موته يصح إن لم يخالف شرط الواقف، لأنه يصير وصياً عنه، وكذا لو فرغ عنه لغيره وقرر القاضي ذلك الغير يصح أيضاً، لأنه يملك عزل نفسه والفراغ عزل، ولا يصير المفروغ له ناظراً بمجرد الفراغ، بل لا بد من تقرير القاضي كما حررناه سابقاً، فإذا قرر القاضي

ولا يكفي صرف الناظر لثبوت استحقاقه، بل لا بد من إثبات نسبه،

المفروغ له صار ناظراً بالتقرير لا بمجرد الفراغ وهذا غير الجعل المذكور هنا، فافهم. وأما جعل الريع لغيره، فقال ط: إن كان الجعل بمعنى التبرع بمعلومه لغيره، بأن يوكله بقبضه له ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة في صحة التبرع به؛ وإن كان بمعنى الإسقاط فقال في الخانية: إن الاستحقاق المشروط كإرث لا يسقط بالإسقاط اهـ.

قلت: ما عزاه للخانية الله أعلم بثبوته، فراجعها. نعم المنقول في الخانية ما سيأتي، وقد فرق في الأشباه في بحث ما يقبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين وغير معين، وذكر ذلك في جملة مسائل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلاً فقال: إذا أسقط المشروط له الريع حقه لا لأحد لا يسقط كما فهمه الطرسوسي بخلاف ما إذا أسقط حقه لغيره اهـ: أي فإنه يسقط، لكنه ذكر أنه لا يسقط مطلقاً في رسالته المؤلفة في بيان ما يسقط من الحقوق وما لا يسقط، أخذاً مما في شهادات الخانية من كان فقيراً من أصحاب المدرسة يكون مستحقاً للوقف استحقاقاً لا يبطل بإبطاله، فلو قال أبطلت حقي كان له أن يأخذه اهـ.

قلت: لكن لا يخفى أن ما في الخانية إسقاط لا لأحد. نعم ينبغي عدم الفرق إذ الموقوف عليه الريع إنما يستحقه بشرط الواقف؛ فإذا قال أسقطت حقي منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفاً لشرط الواقف، حيث أدخل في وقفه ما لم يرضه الواقف، لأن هذا إنشاء استحقاق، بخلاف إقراره بأن يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كما مر، ثم رأيت الخير الرملي أفتى بذلك وقال بعد نقل ما في شهادات الخانية: وهذا في وقف المدرسة، فكيف في الوقف على الذرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم. وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنص الشارع فأشبه الإرث في عدم قبوله الإسقاط، وقد وقع لبعضهم في هذه المسألة كلام يجب أن يحذر اهـ.

مطلب: لا يكفي صرف الناظر لثبوت الاستحقاق

قوله: (ولا يكفي صرف الناظر الخ) أي لو ادعى رجل أنه من ذرية الواقف متمسكاً بأن الناظر كان يدفع له الاستحقاق لا يكفي، بل لا بد من إثبات نسبه. وفي الخيرية في جواب سؤال أن الشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون في أربعة قراريط: لا يثبت به المدعي كمن ادعى حق المرور أو رقبة الطريق على آخر وبرهن أنه كان يمر في هذه لا يستحق به شيئاً كما صرح به غالب علمائنا، والشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد بمعاينة اليد لا تقبل شهادته. وأنواع التصرف كثيرة، فلا يحل الحكم بالاستحقاق في غلة الوقف بالشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون، فقد يكون تصرفهم بولاية أو وكالة أو غصب أو نحو ذلك، وقد صرحوا به أن دعوى بنوة العم تحتاج إلى ذكر نسبة

وسيجيء في دعوى ثبوت النسب.

متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر منهما عندنا لأنه ناسخ للأول.

الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا، وإلى الجميع عند الشافعية، لو بالواو ولو بثم فإلى الأخير اتفاقاً. الكل من وقف الأشباه، وتمامه في القاعدة التاسعة.

الأب والأم إلى الجد ليصير معلوماً، لأن انتسابه بهذه النسبة ليس يثبت عند القاضي، فيشترط البيان ليعلم، لأنه يحصل العلم للقاضي بدون ذكر الجد، والمقصود هنا العلم بالنسبة إلى الواقف، وكونه ابن عم فلان لا يتحقق به استحقاق من وقف الجد الأعلى لتحقق العمومة بأنواع منها العم للأم اهـ.

قلت: هذا ظاهر فيما إذا أراد إثبات أنه من ذرية الواقف بمجرد كونه ابن عم فلان الذي هو من ذرية الواقف، فحينئذ لا بد من إثبات نسبه إلى الجد الجامع. وأما لو ادعى أنه من ذرية الواقف المستحقين للوقف، فالظاهر أنه يكفي إثبات ذلك بدون ذكر النسب إذا كان الوقف على الذرية، لأنه يحصل المقصود بذلك، لأنه لا يختلف ذلك، بخلاف بنوة العم، لأنه قد يكون ابن عم للمتوفى ولا يكون من ذرية الواقف لكونه ابن عم لأم. تأمل. وسيأتي أنه لو وقف على فقراء قرابته لا بد من إثبات القرابة وبيان جهتها. قوله: (وسيجيء في دعوى ثبوت النسب) أي في الفروع حيث قال الشارح. ولو أحضر رجلاً ليدعي عليه حقاً لأبيه وهو مقرّ به أو لا، فله إثبات نسبه عند القاضي بحضرة ذلك الرجل ط.

مطلب: متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر

قوله: (متى ذكر الواقف شرطين متعارضين الخ) في الإسعاف: لو كتب أول كتاب الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يملك، ثم قال في آخره: على أن لفلان بيعه والاستبدال بثمنه ما يكون وقفاً مكانه جاز بيعه ويكون الثاني ناسخاً للأول: ولو عكس بأن قال على أن لفلان بيعه والاستبدال به ثم قال آخره لا يباع ولا يوهب لا يجوز بيعه، لأنه رجوع عما شرطه أولاً، وهذا إذا تعارض الشرطان. أما إذا لم يتعارضا وأمكن العمل بهما وجب كما ذكره البيري في القاعدة التاسعة من الأشباه، وما ذكروه داخل تحت قولهم شرط الواقف كنص الشارع، فإن النصين إذا تعارضا عمل بالمتأخر منهما ط. قوله: (الوصف بعد الجمل الخ) سيذكر الشارح هذه المسألة عن نظم المحبية مع ما يناسبها، وسيأتي الكلام على ذلك.

مثى وقف حال صحته وقال على الفريضة الشرعية قسم على ذكورهم وإناثهم بالسوية هو المختار المنقول عن الأخيار، كما حققه مفتي دمشق يحيى بن

مطلب مهم في قول الواقف على الفريضة الشرعية

قوله: (متى وقف) أي على أولاده، لأنه منشأ الجواب المذكور كما تعرفه، وبه يظهر فائدة التقييد بقوله حال صحته. قوله: (كما حققه مفتي دمشق الخ) أقول: حاصل ما ذكره في الرسالة المذكورة أنه ورد في الحديث أنه ﷺ قال: «سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ، وَلَوْ كُنْتُ مُؤْثِرًا أَحَدًا لَآثَرْتُ النِّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ»[1] رواه سعيد في سننه. وفي صحيح مسلم[2] من حديث النعمان بن بشير «اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ» فالعدل من حقوق الأولاد في العطايا، والوقف عطية فيسوى بين الذكر والأنثى، لأنهم فسروا العدل في الأولاد بالتسوية في العطايا حال الحياة. وفي الخانية: ولو وهب شيئاً لأولاده في الصحة، وأراد تفضيل البعض على البعض. روي عن أبي حنيفة لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل في الدين، وإن كانوا سواء يكره. وروى المعلى عن أبي يوسف أنه لا بأس به إذا لم يقصد الإضرار، وإلا سوى بينهم، وعليه الفتوى. وقال محمد: يعطي للذكر ضعف الأنثى، وفي التاترخانية معزياً إلى تتمة الفتاوى قال: ذكر في الاستحسان في كتاب الوقف، وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في العطايا، والعدل في ذلك التسوية بينهم في قول أبي يوسف، وقد أخذ أبو يوسف حكم وجوب التسوية من الحديث، وتبعه أعيان المجتهدين، وأوجبوا التسوية بينهم وقالوا: يكون آثماً في التخصيص وفي التفضيل. وليس عند المحققين من أهل المذهب فريضة شرعية في باب الوقف إلا هذه بموجب الحديث المذكور، والظاهر من حال المسلم اجتناب المكروه، فلا تنصرف الفريضة الشرعية في باب الوقف إلا إلى التسوية، والعرف لا يعارض النص. هذا خلاصة ما في هذه الرسالة، وذكر فيها أنه أفتى بذلك شيخ الإسلام محمد الحجازي الشافعي، والشيخ سالم السنهوري المالكي، والقاضي تاج الدين الحنفي وغيرهم اهـ.

قلت: وقد كنت قديماً جمعت في هذه المسألة رسالة سميتها [العقود الدرية في قول الواقف على الفريضة الشرعية] حققت فيها المقام وكشفت عن مخدراته اللثام بما حاصله: أنه صرح في الظهيرية بأنه لو أراد أن يبر أولاده فالأفضل عند محمد أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند أبي يوسف: يجعلهما سواء وهو المختار، ثم قال في الظهيرية قبيل المحاضر والسجلات عند الكلام على كتابة صك الوقف. إن أراد الوقف

(١) أخرجه البيهقي ٦/١٧٧ والطبراني ١١/٣٥٤ والطحاوي في المعاني ٤/٨٦.
(٢) أخرجه مسلم ٣/١٢٤٢ (١٣/١٦٢٣) وهو عند البخاري ٥/٢١١ (٢٥٨٧)

على أولاده يقول: للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن شاء يقول: الذكر والأنثى على السواء، ولكن الأول أقرب إلى الصواب وأجلب للثواب.

مَطْلَبٌ: مُرَاعَاةُ غَرَضِ الوَاقِفِينَ وَاجِبَةٌ وَالعُرْفُ يَصْلُحُ مُخَصِّصاً

وهكذا رأيته في نسخة أخرى بلفظ الأول أقرب إلى الصواب، فهذا نص صريح في التفرقة بين الهبة والوقف، فتكون الفريضة الشرعية في الوقف هي المفاضلة، فإذا أطلقها الواقف انصرفت إليها، لأنها هي الكاملة المعهودة في باب الوقف، وإن كان الكامل عكسها في باب الصدقة فالتسوية بينهما غير صحيحة، على أنهم صرحوا بأن مراعاة غرض الواقفين واجبة، وصرح الأصوليون بأن العرف يصلح مخصصاً، والعرف العام بين الخواص والعوام أن الفريضة الشرعية يراد بها المفاضلة: وهي إعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين، ولذا يقع التصريح بذلك لزيادة التأكيد في غالب كتب الأوقاف، بأن يقول: يقسم بينهم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا نكاد نسمع أحداً يقول على الفريضة الشرعية: للذكر مثل حظ الأنثى، لأنه غير المتعارف بينهم في هذا اللفظ.

وفي الأشباه في قاعدة العادة محكمة، أن ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم كما في وقف فتح القدير، ومثله في فتاوى ابن حجر، ونقل التصريح بذلك عن جماعة من أهل مذهبه، وفي جامع الفصولين مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف، وقدمنا نحوه عن العلامة قاسم، وقدمنا وجوب العمل بشرط الواقف، فحيث شرط القسمة كذلك، وكان عرفه بهذا اللفظ المفاضلة وجب العمل بما أراده، ولا يجوز صرف اللفظ عن مدلوله العرفي لأنه صار حقيقة عرفية في هذا المعنى، والألفاظ تحمل على معانيها الحقيقية اللغوية إن لم تعارضها نقل في العرف إلى معنى آخر، فلفظ الفريضة الشرعية إذا كان معناه لغة أو شرعاً التسوية، وكان معناه في العرف المفاضلة، وجب حمله على المعنى العرفي كما علمته؛ ولو ثبت أن المفاضلة في الوقف مكروهة كما في الهبة وأن النص الوارد في الهبة ورد في الوقف أيضاً نقول: إن هذا الواقف أراد المفاضلة، وارتكب المكروه، فلا يكون في ذلك تقديم العرف على النص، بل فيه إعمال النص بإثبات الكراهة فيما فعله، وإعمال لفظه بحمله على مدلوله العرفي، فإن النص لا يغير الألفاظ عن معانيها المرادة، بل يبقى اللفظ على مدلوله العرفي، وهو المفاضلة لأنه صار علماً عليها، وهي فريضة شرعية في ميراث الأولاد، فإذا ذكرها في وقفه على أولاده وجب العمل بمراده، وهذا كله بعد تسليم أن المفاضلة في الوقف مكروهة كما في الهبة، وقد سمعت التصريح بخلافه عن الظهيرية.

المختار في الرسالة المرضية على الفريضة الشرعية ونحوه في فتاوى المصنف،

وقد وقع سؤال في أواخر كتاب الوقف من الفتاوى الخيرية فيه ذكر الفريضة الشرعية مع عدم التصريح، بأن للذكر مثل حظ الأنثيين فأجاب فيه بالقسمة بالمفاضلة. وأجاب في الخيرية قبله في سؤال آخر بذلك أيضاً، وبه أفتى مفتي دمشق المرحوم الشيخ إسماعيل تلميذ الشارح، وكذا شيخ مشايخنا السائحاني ورأيت مثل ذلك في فتاوى الشهاب أحمد بن الشلبي الحنفي شيخ صاحب البحر، ووافقه عليه الشهاب أحمد الرملي الشافعي في فتاويه، ورأيت مثل ذلك أيضاً في فتاوى شيخ الإسلام محقق الشافعية السراج البلقيني، ومثله في فتاوى المصنف، وعزاه أيضاً إلى المقدسي والطبلاوي كما يأتي قريباً. فكل هؤلاء الأعلام أفتوا بما هو المتعارف من معنى هذا اللفظ وكفى بهم قدوة. وهذا خلاصة ما ذكرته في الرسالة المذكورة، ومن أراد زيادة على ذلك فليرجع إليها وليعتمد عليها فقيها المقنع لمن يتدبر ما يسمع، ولله الحمد.

قوله: (ونحوه في فتاوى المصنف) هذا عجيب، بل الذي فيها خلافه وهو انصراف الفريضة الشرعية إلى القسمة بالمفاضلة حيث وجد ذكور وإناث. نعم وقع في السؤال الذي سئل عنه المصنف أنه آل الوقف إلى أخوي الميت لأمه وأخيه الشقيق. فأجاب بأنها تقسم الغلة بينهما نصفين لا قسمة الميراث: أي لا يعطى للأخ للأم السدس، والباقي للشقيق، وقال: إن هذا هو الموافق لغالب أحوال الواقفين، وهو قصد التفاوت بين الذكر والأنثى، فإذا دل على حكم الفريضة ينزل على الغالب المذكور، ثم قال: وقد أجاب بهذا الجواب شيخ الإسلام عمدة الأنام مفتي الوقت بالقاهرة المحروسة هو الشيخ نور الدين المقدسي وشيخ الإسلام محمد الطبلاوي الشافعي مفتي الديار المصرية اهـ.

وحاصل كلامه: أنه حيث وجد ذكور فقط كما في واقعة السؤال من أخوين أحدهما لأم والآخر شقيق يحمل لفظ الفريضة الشرعية على القسمة بالسوية لا على قسمة الميراث بينهما، لأن الغالب من أحوال الواقفين إرادة التفاوت بين الذكر والأنثى، فيحمل هذا اللفظ على الغالب إذا وجد ذكر وأنثى، لا إذا كانا ذكرين.

قلت: وهذا لا شك فيه، وهو صريح فيما قلنا من حمل اللفظ المذكور على معناه العرفي، وكأن الشارح نظر إلى قوله في صدر الجواب «تقسم الغلة بينهما نصفين» ولم ينظر إلى باقيه، مع أن الضمير في بينهما راجع للأخوين لا إلى ذكر وأنثى، وقد وقع لابن المختار في رسالته نظير ما وقع للشارح، فإنه نقل عن الحافظ السيوطي فتوى استدل بها على كلامه مع أنها دالة على خلاف مرامه.

فإن حاصلها أن واقفاً شرط انتقال نصيب من مات من غير ولد إلى أقرب الطبقات

فيملك صرفهما بالأنفع للوقف. وفي البزازية معزياً للجامع: إنما يرجع بقيمة البناء بعد نقضه إن سلمه المشتري للبائع، وإن أمسكه لم يرجع بشيء؛ بخلاف ما لو استحق المبيع لو انقطع ثبوته: فما كان في دواوين القضاة اتبع، وإلا فمن برهن على شيء حكم له به، وإلا صرف للفقراء ما لم يظهر وجه بطلانه بطريق شرعي فيعود لملك واقفه أو وارثه أو لبيت المال، فلو أوقفه السلطان

بحاله اهـ. قوله: (وفي البزازية الخ) الذي في فتاوى المصنف: وكذا له الرجوع بقيمة البناء على البائع إذا نقض المستحق البناء بلا قيد، كما في البزازية نقلاً عن الذخيرة، وفيها نقلاً عن الجامع أنه إنما يرجع على البائع بقيمته مبنياً إذا كان المشتري سلم النقض إلى البائع، وأما إذا أمسك النقض لا يرجع على البائع بشيء اهـ. ما في فتاوى المصنف. وقوله بلا قيد: أي قيد التسليم المقيد به في العبارة الثانية، ومثله ما سيذكره الشارح في باب الاستحقاق عن المنية شرى داراً وبنى فيها فاستحقت: رجع بالثمن وقيمة البناء مبنياً على البائع إذا سلم النقض إليه يوم تسليمه، وإن لم يسلم فبالثمن لا غير اهـ. وقوله يوم تسليمه متعلق بالقيمة، حتى لو أنفق في البناء عشرة آلاف وسكن في الدار حتى تغير البناء وتهدم بعضه لم يرجع إلا بقيمته يوم يسلم البناء للبائع، ولو غلا حتى صار بعشرين ألفاً يرجع بقيمته يوم يسلم، ولا ينظر إلى ما أنفق، كذا في الخانية. وبه ظهر أن قول الشارح: «بعد نقضه» متعلق بيرجع لا «بقيمة» وأشار به إلى أنه إنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين كما سيذكره في باب الاستحقاق، فافهم. قوله: (بخلاف ما لو استحق المبيع) هذا لم يذكر في فتاوى المصنف ولا في البزازية كما سمعت، والصواب إسقاطه، لأن ما نحن فيه من استحقاق المبيع، وهذا يوهم الفرق بين ما لو استحق الوقف وما لو استحقه مالك ولم نر من فرق بينهما، والمصنف لم يفرق بينهما كما علمت من عبارته في الفتاوى، فافهم.

مَطْلَبٌ في الوَقْفِ إذا انْقَطَعَ ثُبُوتُهُ

قوله: (لو انقطع ثبوته الخ) المراد علم أنه وقف بالشهرة ولكن جهلت شرائطه ومصارفه بأن لم يعلم حاله، ولا تصرف قوامه السابقين كيف كانوا يعملون وإلى من يصرفونه، فحينئذ ينظر إلى ما في دواوين القضاة، فإن لم يوجد فيها لا يعطى أحد ممن يدعي فيه حقاً ما لم يبرهن، فإن لم يبرهن يصرف للفقراء، لأن الوقف في الأصل لهم وقد علم مجرد كونه وقفاً ولم يثبت فيه حق لغيرهم فيصرف إليهم فقط، وهذا معنى قولهم: يجعلها القاضي موقوفة إلى أن يظهر الحال، وقدمنا تمام تحقيق هذه المسألة عند قوله: «وبيان المصرف من أصله» فافهم. قوله: (أو وارثه) أي إن مات مالكه أو لبيت المال إن لم يكن له وارث. قوله: (فلو وقفه السلطان) أي بعد ما

عاماً جاز، ولو لجهة خاصة فظاهر كلامهم لا يصح.

لو شهد المتولي مع آخر بوقف مكان كذا على المسجد فظاهر كلامهم قبولها.

لا تلزم المحاسبة في كل عام، ويكتفي القاضي منه بالإجمال لو معروفاً بالأمانة، ولو متهماً يجبره على التعيين شيئاً فشيئاً ولا يحبسه بل يهدده، ولو اتهمه يحلفه. قنية.

قلت: وقدمنا في الشركة أن الشريك والمضارب والوصيّ والمتولي لا يلزم بالتفصيل، وأن غرض قضاتنا ليس إلا الوصول لسحت المحصول.

صار لبيت المال بموت أربابه، وقدمنا أن هذا إرصاد لا وقف حقيقي. قوله: (عاماً) كالمسجد والمقبرة والسقاية، ومثله ما وظفه في مسجد ونحوه للعلماء ونحوهم ممن له حق في بيت المال، فلا يجوز لأحد إبطاله. نعم للسلطان مخالفة شرط واقفه بزيادة ونقص ونحو ذلك، لا بصرفه عن جهته إلى غير جهته كما مر عند قوله: «ونقل عن المبسوط». قوله: (ولو لجهة خاصة) كذريته أو عتقائه. قوله: (لا يصح) لأن فيه تعطيل حق بقية المسلمين، وقد بسط المقام في شرح الوهبانية فراجعه. قوله: (فظاهر كلامهم قبولها) كما لو شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها فتاوى المصنف، وكذا شهادة أهل المحلة بوقف عليها، وأبناء السبيل بوقف على أبناء السبيل، وهذا في الشهادة بأصل الوقف لا فيما يرجع إلى الغلة كشهادة بإجارة ونحوها فلا تقبل لأن له حقاً فيها فكان متهماً، كما في شهادات البحر، وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى قبيل قوله: «والأجير الخاص» ووجه القبول أن الشهادة تقبل في الوقف حسبة بدون الدعوى كما مر. قوله: (بل يهدده) بيومين أو ثلاثة فإن فعل وإلا يكتفي منه باليمين. بحر.

مَطْلَبٌ فِي مُحَاسَبَةِ الْمُتَوَلِّي وَتَحْلِيفِهِ

قوله: (ولو اتهمه يحلفه) أي وإن كان أميناً كالمودع يدعي هلاك الوديعة أو ردها، قيل: إنما يستحلف إذا ادعى عليه شيئاً معلوماً، وقيل يحلف على كل حال. بحر عن القنية.

قلت: وسيأتي قبيل كتاب الإقرار أنه لا تحليف على حق مجهول إلا في ست: إذا اتهم القاضي وصيّ يتيم ومتولي وقف وفي رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع اهـ. قوله: (قلت وقدمنا الخ) استدراك على قوله: ولو متهماً يجبره على التعيين، وقد يجاب بحمل ما تقدم على ما إذا كان معروفاً بالأمانة.

لو ادعى المتولي الدفع قبل قوله بلا يمين، لكن أفتى المنلا أبو السعود أنه إن ادعى الدفع من غلة الوقف لمن نص عليه الواقف في وقفه كأولاده وأولاد أولاده قبل قوله، وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والبواب ونحوهما، لا يقبل قوله، كما لو استأجر شخصاً للبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه لم يقبل قوله. قال المصنف: وهو تفصيل في غاية الحسن فيعمل به، واعتمده ابنه في حاشية الأشباه.

مَطْلَبٌ فِي قَبُولِ قَوْلِ الْمُتَوَلِّي فِي ضَيَاعِ الْغَلَّةِ وَتَفْرِيقِهَا

قوله: (بلا يمين) مخالف لما في البحر عن وقف الناصحي. إذا آجر الواقف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال قبضت الغلة فضاعت أو فرقتها على الموقوف عليهم وأنكروا فالقول له مع يمينه اهـ. ومثله في الإسعاف وكذا في شرح الملتقى عن شروط الظهيرية، ثم قال: وسيجيء في العارية أنه لا يضمن ما أنكروه بل يدفعه ثانياً من مال الوقف اهـ. وفي حاشية الخير الرملي الفتوى على أنه يحلف في هذا الزمان اهـ.

مَطْلَبٌ: إِذَا كَانَ النَّاظِرُ مُفْسِداً لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ

قلت: بل نقل في الحامدية عن المفتي أبي السعود أنه أفتى بأنه إن كان مفسداً مبذراً لا يقبل قوله بصرف مال الوقف بيمينه، وفيها القول في الأمانة قول الأمين مع يمينه إلا أن يدعي أمراً يكذبه الظاهر، فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة، فلا يصدق بيري عن أحكام الأوصياء، وعلى هذا لو ظهرت خيانة ناظر لا يصدق قوله ولو بيمينه، وهي كثيرة الوقوع اهـ. وفيها عن فتاوى الشلبي بعد كلام: ومن اتصف بهذه الصفات المخالفة للشرع التي صار بها فاسقاً لا يقبل قوله فيما صرفه إلا ببينة اهـ. وبقي هل يقبل قول الناظر الثقة بعد العزل أيضاً؟ ذكر الحموي في حاشية الأشباه من كتاب الأمانات أن ظاهر كلامهم القبول، لأن العزل لا يخرجه عن كونه أميناً، وأطال فيه فراجعه، وبه أفتى المصنف قياساً على الوصيّ لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق كذا فإنه يقبل، وعللوه بأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان. قوله: (في وقفه) أي وقف الواقف المعلوم من المقام. قوله: (قبل قوله) أي ولو بعد موتهم كما في شرحه على الملتقى. قوله: (لا يقبل قوله) لأن ما يأخذه الإمام ونحوه، ليس بمجرد صلة، بل فيه شوب الأجرة كما مر. قوله: (قال المصنف) أي في فتاواه، لكن قال في كتابه [تحفة الأقران] غير أن العلماء على الإفتاء بخلافه اهـ. وفي حاشية الخير الرملي: والجواب عما قاله أبو السعود: إنها ليس لها حكم الأجرة من كل وجه، ومقتضى ما قاله أبو السعود أنه يقبل قوله في حق براءة نفسه لا في حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيما في يده فيلزم الضمان في الوقف،

قلت: وسيجيء في العارية معزياً لأخي زاده: لو آجر القيم ثم عزل فقبض الأجرة للمنصوب في الأصح، وهل يملك المعزول مصادقة المستأجر على التعمير؟ قيل نعم. قال المصنف: والذي ترجح عندي لا.

لأنه عامل له وفيه ضرر بالوقف، فالإفتاء بما قاله العلماء متعين، وقوله يعني: «المصنف هو تفصيل في غاية الحسن» في غير محله إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة شعبيه اهـ.

قلت: وفيه نظر بل الضمان على الوقف، لأنه عامل له ولا تعدي منه أصلاً لأنه دفع حقاً لمن يستحقه، فأين التعدي إذا لم يشهد، وإلا لزم أنه يضمن أيضاً في مسألة استئجاره شخصاً للبناء إذا دفع له الأجرة بلا بينة، ولذا قال في الحامدية بعد نقله كلام الخير الرملي: قلت: تفصيل أبي السعود في غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة فهي مثلها، وقول العلماء يقبل قوله في الدفع إلى الموقوف عليهم محمول على غير أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل؛ ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لا يستحقون الوظيفة، فهي كالأجرة لا محالة، وهو كان أجير فإذا اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لا سيما بفساد هذا الزمان. وقال المولى عطاء الله أفندي في مجموعته: سئل شيخ الإسلام زكريا أفندي عن هذه المسألة. فأجاب: بأنه إن كانت الوظيفة في مقابلة الخدمة، فهي أجرة لا بد للمتولي من إثبات الأداء بالبينة، وإلا فهي صلة وعطية يقبل في أدائه قول المتولي مع يمينه، وإفتاء من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجويز المتأخرين الأجرة في مقابلة الطاعات اهـ. قوله: (قلت وسيجيء الخ) حيث قال: وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله في حقهم، لكن لا يضمن ما أنكروه له، بل يدفعه ثانياً من مال الوقف، كما بسطنا في حاشية أخي زاده اهـ.

قلت: وسيجيء قبله في الوديعة حكم ما لو مات الناظر مجهلاً غلات الوقف فراجعه. قوله: (في الأصح) ذكر مثله في البحر عن القنية معزياً[1] بأن المعزول آجرها للوقف لا لنفسه، خلافاً لما أفتى به في فتاواه كما نبه عليه الرملي. قوله: (قال المصنف والذي ترجح عندي لا) أي لا تصح مصادقته، وأخذ المصنف ذلك من قوله في الولوالجية: من حكى أمراً لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق، وإن كان فيه نفي الضمان عن نفسه صدق. قال: وحكاية المتولي ذلك فيه

---

(١) في ط قوله معزياً الخ) فيه أن هذا التعليل لا ينتج ما إذا قبض من حقوق الوقف وهي ترجيح للعدم، ألا ترى الوكيل لو عقد ثم مات قال وصيه أوليس بقبض وكذا لو عزل تكون ولاية القبض له لأن العهدة عليه قال شيخنا ورأيت في القنية نقلاً صحيحاً وهو أنه ربما يتقاعد المعزول عن تحصيل الأجرة فيضيع مال الوقف

ليس للمتولي أخذ زيادة على ما قرر له الواقف أصلاً، ويجب صرف جميع

إيجاب الضمان على جهة الوقف فينبغي عدم تصديقه، وهذا ما ترجح عندي في الجواب اهـ.

قلت: وهذا يشمل المعزول والمنصوب، فذكر المعزول غير قيد، وأصرح مما ذكره المصنف ما في دعوى البزازية لا ينفذ إقرار المتولي على الوقف، ومثله في السابع من العمادية، وفي فتاوى الحانوتي من الإجارة: التصادق غير صحيح، لأنه إقرار منه على الوقف، وإقرار الناظر على الوقف غير صحيح. قوله: (ليس للمتولي الخ) فيه كلام يأتي قريباً.

مطلب فيما يأخذه المتولي من العوائد العرفية

قوله: (ويجب صرف الخ) حاصل ما ذكره المصنف أنه سئل عن قرية موقوفة يريد المتولي أن يأخذ من أهاليها ما يدفعونه بسبب الوقف من العوائد العرفية من سمن ودجاج وعلاف يأخذونها[1] لمن يحفظ الزرع ولمن يحصر تقاويه، فيدفع المتولي لهم منها يسيراً ويأخذ الباقي مع ما ذكر لنفسه زيادة على معلومه. فأجاب: جميع ما تحصل من الوقف من نماء وغيره مما هو من تعلقات الوقف يصرف في مصارفه الشرعية كعمارته ومستحقيه اهـ ملخصاً. لكن أفتى في الخيرية بأنه إذا كان في ريع الوقف عوائد قديمة معهودة يتناولها الناظر بسعيه له طلبها لكون الأشياء عن إجارات الظهيرية، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فهو صريح في استحقاقه ما جرت به العادة اهـ ملخصاً.

مطلب في تحرير حكم ما يأخذه المتولي من العوائد

قلت: ويؤيده ما في البحر من جواز أخذ الإمام فاضل الشمع في رمضان إذا جرت به العادة، وقد ظهر لي أنه لا ينافي ما ذكره المصنف، لأن هذا في المتعارف أخذه من ريع الوقف بأن تحرر، مثلاً أن هذا الوقف يأخذه متوليه عشر ريعه فحيث كان قديماً يجعل كأن الواقف شرطه له، وما ذكره المصنف فيما يأخذه المتولي من أهل القرية كالذي يهدى له من دجاج وسمن، فإن ذلك رشوة، وكالذي يأخذه من الغلال المذكورة التي جعلت للحافظ، فافهم. لكن الذي يظهر أن الغلال إذا كانت من ريع الوقف، يجب صرفها في مصارف الوقف. وأما مثل الدجاج فيجب رده على أصحابه، وهو ما أشار إليه بقوله. ويجب على الحاكم أمر المرتشي برد الرشوة على الراشي.

مطلب فيما يسمى جدكاً وكدكاً في زماننا

نعم إن كان ما يأخذه منهم تكملة أجر المثل يجب صرفه في مصارف الوقف،

(١) في ط (قوله وعلاف يأخذونها مع) عبارة الفتاوى لما يأخذونها.

ما يحصل من نماء وعوائد شرعية وعرفية لمصارف الوقف الشرعية، ويجب على الحاكم أمر المرتشي برد الرشوة على الراشي غب الدعوى الشرعية. الكل من فتاوى المصنف.

قلت: لكن سيجيء في الوصايا ومر أيضاً: أن للمتولي أجر مثل عمله، فتنبه.

وذلك كما يقع في زماننا كثيراً أن المستأجر إذا كان له كدك أو كردار في دكان أو عقار لا يستأجر إلا بدون أجر المثل، ويدفع للناظر دراهم تسمى خدمة، لأجل أن يرضى الناظر بالإجارة المذكورة، فهي في الحقيقة من أجرة المثل، فلو قلنا يردها على المستأجر يلزم ضرر الوقف، ولا تحل للناظر لأنه عامل للوقف بما شرطه له الواقف أو القاضي، وقد صرحوا أيضاً بأن الناظر إذا لم يمكنه أخذ الأجرة من المستأجر وظفر بمال المستأجر فله أخذ قدر الأجرة منه، فهذه الخدمة إن كانت رشوة لا يجب ردها على الراشي حيث لم يمكنه أخذ أجرة المثل منه، بل عليه صرفها في مصارف الوقف، وبهذا علم حكم ما يفعله النظار في زماننا من أخذهم ما يسمونه تصديقاً فيما إذا مات صاحب الكدك أو الكردار فيأخذ الناظر من ورثته دراهم ليصدق لهم على انتقال ذلك إليهم، وكذا إذا اشترى أحد ذلك يأخذ من المشتري دراهم، فإن كان ذلك تكملة أجر المثل، فأخذه جائز إن صرفه في مصارفه، وإلا فلا، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. قوله: (ويجب على الحاكم الخ) لم أجده في نسختي من فتاوى المصنف. قوله: (غب الدعوى الشرعية) الغب بالكسر: عاقبة الشيء كما في القاموس ط، وهو متعلق بقوله: «يجب» لأن وجوب الحكم على الحاكم بعد الدعوى الشرعية، فإذا ادعى الراشي على المرتشي بما دفعه إليه، وثبت ذلك وجب على الحاكم أمر المرتشي برد الرشوة، فافهم. قوله: (قلت لكن الخ) استدراك على قول المصنف في فتاواه «ليس للمتولي أخذ زيادة على ما قرره له الواقف».

قلت: والجواب أن كلام المصنف فيمن شرط له الواقف شيئاً معيناً: وما سيجيء في الوصايا ومر أيضاً عقب مسألة الجامكية فيمن نصبه القاضي، ولم يشرط له الواقف شيئاً كما قدمناه، لكن قدمنا أيضاً عن أنفع الوسائل بحثاً أن الأول لو عين له الواقف أقل من أجر المثل، فللقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه، فهذا مقيد لإطلاق المصنف كما قدمناه هناك.

لو وقف على فقراء قرابته لم يستحق مدعيها ولو وليا[١] لصغير إلا ببينة على فقره وقرابته مع بيان جهتها، فإذا قضى له استحقه من حين الوقف عليه.

مَطْلَبٌ فِي أَحْكَامِ الْوَقْفِ عَلَى فُقَرَاءِ قَرَابَتِهِ

قوله: (لو وقف على فقراء قرابته إلخ) سيأتي تفسير القرابة والفقر في آخر الفصل الآتي. وفي البزازية: وقف على فقراء قرابته فجاء رجل وادعى أنه من أقرباء الواقف وهو فقير، كلف أن يبرهن على الفقر وأنه من أقارب الواقف وأنه لا أحد تجب عليه نفقته وينفق عليه، والفقر وإن كان أمراً أصلياً يثبت بظاهر الحال لكن الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وإنما شرط عدم المنفق؛ لأنه بالإنفاق عليه يعدّ غنياً في باب الوقف، وشرط لزومه، لأنه لو لم يكن واجباً عليه فالظاهر ترك الإنفاق فيكون فقيراً. قال هلال: ولا بد أيضاً أن يسأل عنه في السر، ثم يستحلفه بالله ما لك مال ولا لك أحد تجب نفقتك عليه، وإن برهن على ما ذكرنا فأخبر عدلان بغناه فهما أولى، والخبر والشهادة هنا سواء لأنه ليس بشهادة حقيقية بل هو خبر، ولو قالا لا نعلم أحداً تجب نفقته عليه كفى، ولو زعم البعض أنه غني إن ادعى أن له مالاً يصير به غنياً له أن يحلفه على أنه ليس بغني، وليس له تحليف المتولي، لأنه لو أقرّ لا يلزم شيء، فإذا أنكر لا يحلف، والخصم في ذلك هو الواقف لو حياً، وإلا فمن الوقف في يده، ولو أحد الوصيين دون الوارث وأصحاب الوقف، فإن برهن على المتولي بأنه قريب الواقف لا يقبل، حتى يبرهن على نسب معلوم كالإخوة لأبوين أو لأب أو لأم لا على الأخوة المطلقة أو العمومة، وإن قالوا لا نعلم به وارثاً غيره أعطاه، وإلا يتأنى زماناً ثم يدفع إليه ويأخذ كفيلاً عندهما كما في الميراث؛ وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده أو فقره فله ذلك لو صغيراً، بخلاف الكبار فإنهم يثبتون فقرهم بأنفسهم ووصيّ الأب مثله، فإن لم يكن فللأم أو للعم إثبات ذلك لو الصغير في حجرهما استحساناً، لأنه تمحض نفعاً له فأشبه قبول الهبة اهـ ملخصاً. وتمام الفروع فيها فراجعها، وسيأتي آخر الفصل الآتي ما له تعلق بما هنا. قوله: (من حين الوقف عليه) أي من حين وجود شرط كونه من أهل الوقف، وهو الفقر والقرابة لا من حين القضاء. قال في الإسعاف: فإن شهدا له بالفقر بعد مجيء الغلة لا يدخل فيها، وإنما يدخل فيما يحدث منها بعد الشهادة، إلا أن يشهدا له في وقت ويسند فقره إلى زمن سابق، فإنه يقضى له بالاستحقاق من مبدأ الزمن الأول وإن طال اهـ.

---

(١) في ط (قول الشارح ولو وليا) الأحسن حمل غير الولي والوصي عليه إذ المتوهم في غيرهما كالأم والعم وكذا الأجنبي إذا كان في حجرهم عدم سماع دعواه، وأما الولي والوصي فلا يتوهم فيهما ذلك

فتاوى ابن نجيم. وفيها سئل عمن شرط السكنى لزوجته فلانة بعد وفاته ما دامت عزباء فمات وتزوجت وطلقت، هل ينقطع حقها بالتزويج؟ أجاب: نعم.

قلت: وكذا الوقف على أمهات أولاده إلا من تزوج، أو على بني فلان إلا من خرج من هذه البلدة فخرج بعضهم ثم عاد، أو على بني فلان ممن تعلم العلم[1] فترك بعضهم ثم اشتغل به، فلا شيء له إلا أن يشرط أنه لو عاد فله فليحفظ. خزانة المفتين. وفي الوهبانية: قضى بدخول ولد البنت بعد مضي السنين فله غلة الآتي لا الماضي لو مستهلكة.

مَطْلَبٌ: إذَا قَالَ مَا دَامَتْ عَزَباً فَتَزَوَّجَتْ وَطُلِّقَتْ يَنْقَطِعُ حَقُّهَا

قوله: (أجاب نعم) أي ينقطع حقها بالتزوج، إلا أن يشترط أن من مات زوجها أو طلقها عاد حقها. إسعاف وفتح. وفي لسان الحكام لابن الشحنة أن جده أجاب كذلك، وأن الكافيجي خالفه وقال: يعود المعلوم كما كان بالفراق، ووقع النزاع بين يدي السلطان، وأن جده أخرج النقول فوافقه الحاضرون. قوله: (فلا شيء له إلا أن يشرط الخ) بخلاف ما لو وقف على من يسكن بغداد من فقراء قرابته فانتقل بعضهم وسكن الكوفة ثم عاد إليها وسكن فإنه يعود حقاً[2] لأن النظر هاهنا إلى حالهم يوم قسمة غلة الوقف؛ ألا ترى أنه لو افتقر[3] الأغنياء واستغنى الفقراء تكون الغلة لمن افتقر دون من استغنى ولو لم ينظر إلى حالهم يوم القسمة لربما لزم دفع الغلة إلى الأغنياء دون الفقراء. وتمامه في الإسعاف فافهم.

مَطْلَبٌ فِيمَا إذَا قُضِيَ بِدُخُولِ وَلَدِ الْبِنْتِ

قوله: (قضى بدخول ولد البنت) أي في صورة الوقف على أولاد أولاده. قوله: (لا الماضي لو مستهلكة) لأن الحكم وإن كان يستند إلى وقت الوقف، لكن في حق الموجود وقت الحكم وغلات تلك السنين معدومة كالحكم بفساد النكاح بغير ولي، لا يظهر في الوطآت الماضية. والمهر، حتى لو كان غلات السنين الماضية قائمة يستحق أولاد البنات حصتهم منها. شرح الوهبانية عن القنية ملخصاً. لكن تقدم آنفاً في الوقف

---

(1) في ط قوله: تعلم من تعلم العلم الخ في نسخة يتعلم وهي صواب إذ يمكن تفسيره بيشتغل، وأما على ما في هذه النسخة فلا يظهر إلا بمعنى تعاطي العلم متصف به سواء ترك الاشتغال فيما بعد أو لا.

(2) في ط قوله: فإنه يعود حقاً الخ صرح في البحر بعدم العود فيما لو وقف على فقراء قرابته المقيمين ببلد كذا فخرج بعضهم ثم عاد لا يعود حقه بالعود عليه يفرق بين النص وبين الظاهر وقد اختلف التصريح في هذا المحل فصار تعارضاً كما ترى فليحرر.

(3) في ط قوله: ألا ترى أنه لو افتقر الخ عبارة الإسعاف ألا ترى أنه لو وقف على فقراء قرابته وفيهم غني والفقير تصرف الغلة للفقير ثم إنه لو افتقر الأغنياء الخ.

وقف على بنيه وله ولد واحد فله النصف والباقي للفقراء، أو على ولده له الكل لأنه مفرد مضاف فيعم

لفقراء قرابته أنه من قضى له استحقه من حين الوقف عليه، وفي قضاء الخيرية: لو ثبت أن الوقف سوية بين زيد وعمرو، وكان زيد يتناول زيادة عما يخصه مدة سنين. أجاب: لعمرو الرجوع عليه بما تناوله زائداً عن حقه المدة الماضية، والقضاء هنا مظهر ومعين لكونه كاشفاً فيستند لا مثبت وعامل، حتى يقتصر كما قرره أصحاب الأصول والفروع أيضاً اهـ.

مَطْلَبٌ: أَثْبَتَ وَاحِدٌ أَنَّهُ مِنَ الذُّرِّيَّةِ يَرْجِعُ بِمَا يَخُصُّهُ فِي الْمَاضِي

وفي فتاوى ابن نجيم سئل عن واقف وقفه على ذريته، ففرق الناظر الغلة سنين على جماعة منهم، ثم أثبت واحد أنه منهم وقضي به على الناظر فطالبه بما يخصه في الماضي، فهل له ذلك؟ أجاب: بأنه إن دفع إلى الجماعة بغير قضاء رجع بما يخصه على الناظر، وإلا رجع على الجماعة أخذاً من مسألة الوصي إذا قضى دين الميت بجميع التركة ثم ظهر دين آخر عليه، فإنهم قالوا: إن دفع بغير قضاء رجع الدائن عليه، وإلا على القابضين. ولا يعارضه ما في القنية لو قضى بدخول أولاد البنات الخ، لأن دخولهم مختلف فيه بخلاف ما نحن فيه للاتفاق اهـ. وذكر ذلك بعينه في فتاوى الحانوتي، وحاصله: أن في دخول أولاد البنات في الوقف على أولاد أولاده خلافاً كما سيأتي تحريره، فإذا قضى بدخولهم فإنه وإن وقع دخولهم مستنداً إلى زمن الوقف لكن بسبب الاختلاف صار الحكم مثبتاً حقهم الآن في الغلة القائمة، فلهم غلة سنة الحكم وغلة السنين الماضية إذا كانت قائمة للاستناد دون المستهلكة لشبهة الاقتصار؛ بخلاف من لم يقع خلاف في دخوله، ثم أثبت دخوله فإن القضاء به مظهر أنه منهم لا مثبت فيستند ولا يقتصر كما مر، فتدبر. قوله: (لأنه مفرد مضاف فيعم) أي الواحد والأكثر، بخلاف بنيه. وعبارة الإسعاف: لأن أقل الجمع هنا اثنان، واسم الولد يصدق على الواحد فلهذا اختلفا في الحكم اهـ.

مَطْلَبٌ مَنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ هَلْ يَشْمَلُ الْوَاحِدَ أَوْ لَا؟

تنبيه: في البحر ولو وقف على أولاده وليس له إلا واحد وعلى بنيه وليس له إلا ابن واحد كان النصف له والنصف للفقراء. هكذا سوى بينهما في الخانية. وفرق بينهما في فتح القدير فقال في الأولاد: يستحق الواحد الكل، وفي البنين لا يستحق الكل، وقال: كأنه مبني على العرف، وقد علمت أن المنقول خلافه اهـ.

قلت: والحاصل أنه لا فرق بين أولاده وبنيه في أن الواحد يستحق النصف فقط، لأن اللفظ جمع أيضاً في الوقف الثاني كالوصية؛ بخلاف ولده، فإن الواحد يستحق الكل

للمتولي الإقالة لو خيراً.

أجر بعرض معين صح وخصصاه بالنقود

لما مر. وما ذكره في الفتح مشى عليه في إجارات الأشباه حيث قال: الحكم لا يكون للواحد إلا في مسائل: وقف على أولاده، وليس له إلا واحد فله كل الغلة، بخلاف بنيه الخ. وقال في شرح الملتقى آخر الوقف: وأما ما في الأشباه فقد عزاه للمصنف، وكذا ذكره في التاترخانية وغيرها، فلم يبق الكلام إلا في التوفيق.

فأقول وبالله التوفيق: قد لاح لي أنه لا يبعد أن يحمل كلام الخانية على ما إذا وقف على أولاده وله ولدان ثم على الفقراء فمات واحد وبقي واحد وقت وجود الغلة كما يفيده قوله: وله ولد وقت وجود الغلة فيندفع عن الأشباه الاشتباه. فتدبر ولا قوة إلا بالله اهـ.

قلت: ويكفي في التوفيق ما مر عن الفتح من ابتنائه على العرف، إذ لا شك أن من وقف على أولاده وأولادهم يريد أنه لو بقي منهم واحد، يأخذ الوقف كله، وبما تقرر علمت أن ما في الفتح مقبول أيضاً.

مطلب في إقالة المتولي عقد الإجارة

قوله: (للمتولي الإقالة لو خيراً) كذا في البحر عن جامع الفصولين. وقال في الأشباه: إقالة الناظر عقد الإجارة جائزة إلا في مسألتين الأولى: إذا كان العاقد ناظراً قبله كما فهم من تعليلهم. الثانية: إذا كان الناظر تعجل الأجرة كما في القنية، ومشى عليه ابن وهبان اهـ. لكن في شرح الوهبانية للشرنبلالي أقول: هذا ليس فيه تحرير، فإن قبض الأجرة وعدمه ليس فيه نظر للخير وعدمه، بل النظر إنما هو لما فيه مصلحة وهو الذي في البحر عن جامع الفصولين المتولي يملك الإقالة لو خيراً وإطلاقه يشمل القبض وعدمه. ويشمل إقالة عقد ناظر قبله، ويؤيده مسألة هي لو باع القيم داراً اشتراها بمال الوقف فله أن يقيل البيع مع المشتري إذا لم يكن البيع بأكثر من ثمن المثل، وكذا إذا عزل ونصب غيره، فللمنصوب إقالته بلا خلاف، كذا في البحر. وفي الأشباه: المتولي على الوقف لو آجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف، فالمعول عليه المصلحة وعدمها. ولهذا قال في النهر: إذا باع المتولي أو الوصي شيئاً بأكثر من قيمته لا تجوز إقالته اهـ. مع أن المبيع إذا عاد ترجع ماليته على ما كانت عليه، والعين المؤجرة لا تبقى الأجرة بمضي الزمن إلا بالاستئجار، فيفوت النفع الذي لزم بالاستئجار، فكان عدم صحة الإقالة مع فوات النفع ألزم من إقالة البيع، خصوصاً وقد تزيد المضرة باحتياج العين التي كانت مؤجرة لمؤنة كهدم ومرمة بها اهـ. قوله: (وخصصاه بالنقود) بناء على أن الناظر وكيل يتصرف بالعرض وبالنقد وبالنسيئة عنده

للمستأجر غرس الشجر بلا إذن الناظر إذا لم يضرّ بالأرض، وليس له الحفر إلا بإذن، ويأذن لو خيراً وإلا لا. وما بناه مستأجر أو غرسه، فله ما لم ينوه للوقف،

وعندهما بالنقود، كما سيأتي في كتاب الوكالة، كذا قيل والمسألة نظمها في الوهبانية.

مطلب: للمستأجر غرس الشجر

قوله: (للمستأجر غرس الشجر الخ) كذا في الوهبانية، وأصله في القنية: يجوز للمستأجر غرس الأشجار والكروم في الأراضي الموقوفة، إذا لم يضرّ بالأرض بدون صريح الإذن من المتولي، دون حفر الحياض.

مطلب: إنما يحل للمتولي الإذن فيما يزيد الوقف به خيراً

وإنما يحل للمتولي الإذن فيما يزيد الوقف به خيراً، ثم قال: قلت: وهذا إذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها، أما إذا كان يجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن في مثلها دلالة اهـ. ولا يخفى أن قوله: «قلت الخ» محله عند عدم الضرر بالأرض، كما يعلم بالأولى من قوله: «وإنما يحل الخ» ثم اعلم أن العادة في زماننا أن الناظر لا يمكن المستأجر من الغراس إلا بإذنه إذا لم يكن له في الأرض حق القرار المسمى بمشد المسكة، فينبغي أنه لا يملك ذلك بدون إذنه، ولا سيما وفيه ضرر على الوقف، لأن الأنفع أن يغرس الناظر للوقف أو يأذن للمستأجر بالمناصبة: وهي أن يغرس على أن الغراس بينه وبين الوقف كما هو العادة، ولا شك أنه أنفع من غرسه لنفسه فقط.

مطلب في حكم بناء المستأجر في الوقف بلا إذن

قوله: (وما بناه مستأجر أو غرسه فله) أي إذا بناه من ماله بلا إذن الناظر، ثم إذا لم يضرّ رفعه بالبناء القديم رفعه، وإن ضرّ فهو المضيع ماله فليتربص، إلى أن يتخلص من تحت البناء، ثم يأخذه ولا يكون بناؤه مانعاً من صحة الإجارة من غيره إذ لا يد له عليه حيث لا يملك رفعه، ولو اصطلحوا على أن يجعله للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين متروعاً فيه أو مبنياً صح. جامع الفصولين.

وفي حاشيته للخير الرملي أقول: ظاهره اشتراط الرضا، إذ الصلح لا يكون إلا عنه، مع أنهم صرحوا في الإجارة إذا مضت المدة، وكان القلع يضرّ بالأرض، يتملكه المؤجر بأقل القيمتين جبراً، وإطلاقه يقتضي عدم الفرق بين الوقف والملك، إذ لا وجه للفرق بينهما في ذلك، فيحمل الصلح في كلامه على مجرد الإخبار بالصحة لا على أنه شرط متعين في ذلك اهـ. وفي الخانية: طرح فيها السرقين وغرس الأشجار ثم مات، فالأشجار لورثته ويؤمرون بقلعها، ولا رجوع لهم بما زاد السرقين في الأرض عندنا اهـ. وقدمنا مسألة استبقاء المستأجر العمارة في الأرض المحتكرة قبل الفصل عند

والمتولي بناؤه وغرسه للوقف ما لم يشهد أنه لنفسه قبله.

ولو آجر لابنه لم يجز خلافاً لهما

قول الشارح: «وأما الزيادة في الأرض المحتكرة» قدمنا مسألة العمارة بإذن الناظر عند مسألة الاستبدال.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ بِنَاءِ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرِهِ فِي أَرْضِ الْوَقْفِ

قوله: (**والمتولي بناؤه الخ**) اعلم أن البناء في أرض الوقف فيه تفصيل، فإن كان الباني المتولي عليه: فإن كان بمال الوقف فهو وقف سواء بناه للوقف أو لنفسه أو أطلق، وإن من ماله للوقف أو أطلق فهو وقف، إلا إذا كان هو الواقف وأطلق فهو له، كما في الذخيرة، وإن بناه من ماله لنفسه، وأشهد أنه له فهو له كما في القنية والمجتبى. وإن لم يكن متولياً: فإن بنى بإذن المتولي ليرجع فهو وقف، وإلا فإن بنى للوقف فوقف، وإن لنفسه أو أطلق فله رفعه إن لم يضر. وتمامه في ط عن الأشباه وحواشيها. وفي الخانية. ولو غرس في المسجد يكون للمسجد، لأنه لا يغرس فيه لنفسه. قوله: (**ما لم يشهد أنه لنفسه قبله**) أي قبل البناء، وهو متعلق بيشهد، وهذا إذا بناه من ماله كما علم مما مر قبله، وقيد بالإشهاد تبعاً لجامع الفصولين وغيره، لكن صرح الخصاف بأن القول قوله: إذا اختلف هو وأهل الوقف بأن قال زرعتها لنفسي ببذري ونفقتي، وقالوا بل لنا لأن البذر له، فما حدث منه فهو له بمنزلة الواقف فيما يزرع له. قال الخصاف: وأرى إخراجه من يده بما فعل، ويضمن نقصان الأرض اهـ. ومثله في الخانية، وهو صريح أيضاً بأنه يكون خيانة منه يستحق بها العزل، وكأنه في البحر لم يره حيث قال: وينبغي أن يكون خيانة، وقدمنا عند قوله: وينزع وجوباً لو خائناً عن شرح الأشباه للبيري: أنه يؤخذ مما ذكرناه أن الناظر لو سكن دار الوقف ولو بأجر المثل للقاضي عزله، لأنه نص في خزانة الأكمل أنه لا يجوز له السكنى ولو بأجر المثل.

مَطْلَبٌ: لَوْ آجَرَ الْمُتَوَلِّي لِابْنِهِ أَوْ أَبِيهِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِأَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ

قوله: (**ولو آجر لابنه**) أي الكبير إذ الصغير تبع اهـ. شرح الوهبانية. وفي جامع الفصولين: لو باع القيم مال الوقف أو آجر ممن لا تقبل شهادته له لم يجز عند أبي حنيفة، وكذا الوصي، وقيل الوصي كمضارب، وفيه المتولي إذا آجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصي لو بمثل قيمته، صح عندهما، ولو خير لليتيم صح عند أبي حنيفة، وكذا متول آجر من نفسه لو خيراً صح، وإلا لا، ومعنى الخير مر في بيع الوصي من نفسه، وبه يفتى اهـ. والذي مر

كعبده اتفاقاً. هذا لو باشر بنفسه، فلو القاضي صح، وكذا الوصي بخلاف الوكيل.

وقف على أصحاب الحديث لا يدخل فيه الشافعي إذا لم يكن في طلب الحديث ويدخل الحنفي كان في طلبه أولا. بزازية: أي لكونه يعمل بالمرسل ويقدم خبر الواحد على القياس، وجاز على حفر القبور والأكفان

هو قوله في شراء مال الصغير جاز للوصي ذلك لو خيراً. وتفسيره أن يأخذ بخمسة عشر ما يساوي عشرة أو يبيع منه بعشرة ما يساوي خمسة عشر، وبه يفتى اهـ. قوله: **(كعبده اتفاقاً)** وكذا لو لنفسه. قوله: **(هذا لو باشر بنفسه)** أما لو ذهب إلى القاضي فأجره صح. شرح الوهبانية عن الخانية.

قلت: ويشكل عليه ما مر عند قوله: «ولاية نصب القيم إلى الواقف ثم لوصيه ثم للقاضي» من أن القاضي لا يملك التصرف مع وجود المتولي. والجواب أنه لا يملك ذلك على ما فيه من النزاع عند صحة تصرف المتولي بنفسه، وهنا لا يصح، وقدمنا عند الكلام على قطع الجهات للعمارة أن المتولي لو عمل كالفاعل والبناء فله قدر أجرته لو بأمر الحاكم، وإلا فلا إذ لا يصلح مؤجراً ومستأجراً، وهذه المسألة جارية هنا. وقدمنا أيضاً أول الفصل: إذا شرط الواقف أن لا تؤجر الأرض أكثر من سنة، وكانت إجارتها أكثر أنفع للفقراء فليس للقيم أن يؤجرها أكثر، بل يرفع الأمر للقاضي ليؤجرها لأن له ولاية النظر للفقراء، فافهم. قوله: **(وكذا الوصي)** أي من قبل الأب، بخلاف وصي القاضي، فإنه لا يصح بيعه ولا شراؤه مال اليتيم ولو خيراً كما سيأتي في بابه والإجارة بيع المنافع. أفاده ط. قوله: **(بخلاف الوكيل)** فإنه لا يعقد مع من ترد شهادته له للتهمة عند الإمام، إلا إذا أطلق له الموكل كما سيأتي في بابها. أفاده ح. قوله: **(أي لكونه يعمل بالمرسل)** هو من مفاد مع[1] الصحابي ط. وهذا التعليل ذكره في شرح الوهبانية بقوله: وفي حفظي تعليله بكونه يعمل الخ، ولكني لم أظفر به الآن اهـ.

قلت: ووجهه أنه عمل بكل الأحاديث حيث لم يترك العمل بشيء، فصار أحق بإطلاق هذا اللفظ عليه، والظاهر أن هذا عند عدم العرف، أما إذا تعورف إطلاقه على من غلب عليه هذا العلم حتى اشتهر به وصار يطلق عليه أنه من أهل الحديث، تعين حمله على عرف الواقف كما قدمناه في مسألة أهل المختار. قوله: **(وجاز على حفر القبور والأكفان)** هو المفتى به كما في البحر عن الفتاوى، وفي شرح الوهبانية أن الصحة أظهر

---

(١) في ط قوله هو من [illegible] الخ هكذا بخطه ولعل في نسخة ط هو ما [illegible] الخ وهي أولى. مصححه.

على الصوفية والعميان في الأصح.

ولو شرط النظر للأرشد فالأرشد من أولاده فاستويا اشتركا به. أفتى به المنلا أبو السعود معللاً بأن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والمتعدد، وهو ظاهر. وفي النهر عن الإسعاف: شرطه لأفضل أولاده فاستويا فلأسنهم. ولو أحدهما أورع والآخر أعلم بأمور الوقف فهو أولى إذا أمن خيانته انتهى جوهرة.

مَطْلَبٌ في الوقف على الصُّوفِيَّةِ والعُمْيَانِ

قوله: (لا على الصوفية والعميان في الأصح) فإنه وقع فيه خلاف. قال في شرح الوهبانية عن الخلاصة بعد حكاية الخلاف: وأخرج الإمام علي السغدي الرواية من وقف الخصاف أنه لا يجوز على الصوفية والعميان، فرجعوا إلى جوابه اهـ.

قلت: لكن في الإسعاف: قال شمس الأئمة: إذا ذكر مصرفاً فيه تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء استوى فيه الأغنياء والفقراء، فإن يحصون[1] صح، وإلا بطل إلا إن كان في لفظه ما يدل على الحاجة عرفاً، كاليتامى فالوقف عليهم صحيح، ويصرف لفقرائهم فهذا الضابط يقتضي صحة الوقف على الزمنى والعميان، وقراء القرآن والفقهاء، وأهل الحديث، ويصرف لفقرائهم لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالاً، لأن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب، فيغلب فيهم الفقر، وهو أصح مما سيأتي في باب الباطل أنه باطل على هؤلاء اهـ. ومقتضاه أنه يصح على الصوفية أيضاً لأن الفقر فيهم أغلب من العميان، بل اصطلاحهم تسميتهم بالفقراء، وهذا إن كانت العلة ما ذكر، وإلا ففي التاترخانية عن الإمام أبي الحسن أن الصوفية أنواع، فمنهم قوم يضربون بالمزامير، ويشربون الخمور، إلى أن قال: فهم إذا كانوا بهذه المثابة كيف يصح الوقف عليهم اهـ. فأفاد أن العلة أن منهم من لا يصح الوقف عليهم، فلا يكون قربة، ويحتمل أن المراد لا يصح الوقف على هذا النوع منهم إذا عينهم الواقف، وهذا وإن كان خلاف ظاهر العبارة لكنه من حيث المعنى أظهر، لأن لفظ الصوفية إنما يراد به في العادة من كان على طريقة مرضية، أما غيرهم فليسوا منهم حقيقة وإن سموا أنفسهم بهذا الاسم، فإذا أطلق الاسم لا يدخلون فيه، فيصح الوقف ويستحقه أهل ذلك الاسم حقيقة، وحينئذ تكون علة الصحة ما مر من غلبة وصف الفقر عليهم، فاغتنم هذا التحرير. قوله: (وفي النهر عن الإسعاف الخ) تخصيص لما أفتى به أبو السعود. قوله: (فهو أولى) أي الأعلم بأمور الوقف أولى، ومثله لو استويا في الديانة والسداد والفضل والرشد فالأعلم بأمر الوقف أولى. بحر عن الظهيرية.

---

(١) قوله: فإن يحصون لعل صوابه فإن كانوا يحصون اهـ مصححه.

وكذا لو شرط لأرشدهم كما في نفع الوسائل، ولو ضم القاضي للقيم ثقة: أي ناظر حسبة، هل للأصيل أن يستقل بالتصرف؟ لم أره. وأفتى الشيخ الأخ أنه إن ضم إليه الخيانة لم يستقل، وإلا فله ذلك، وهو حسن. نهر. وفي فتاوى مؤيد

مطلب في شرط التولية للأرشد فالأرشد

قوله: (وكذا لو شرطه لأرشدهم) فيقدم بعد الاستواء فيه الأسن، ولو أنثى كما في الإسعاف والأعلم بأمور الوقف، وأفتى في الإسماعيلية بتقديم الرجل على الأنثى والعالم على الجاهل: أي بعد الاستواء في الفضيلة والرشد. قال في البحر: والظاهر أن الرشد صلاح المال، وهو حسن التصرف؛ وفيه عن الإسعاف: ولو قال الأفضل فالأفضل فأبى الأفضل القبول أو مات يكون لمن يليه على الترتيب. ذكره الخصاف. وقال هلال: القياس أن يدخل القاضي بدله رجلاً ما دام حياً، فإن مات صارت الولاية لمن يليه في الفضل، ولو كان الأفضل غير موضع أقام رجلاً مقامه، وإذا مات تنتقل لمن يليه فيه، وإذا صار أهلاً بعده ترد الولاية إليه، وكذا لو لم يكن فيهم أهل أقام القاضي أجنبياً إلى أن يصير فيهم أهل، ولو صار المفضول منهم أفضل ممن كان أفضلهم تنتقل الولاية إليه فينظر في كل وقت إلى أفضلهم كالوقف على الأفقر فالأفقر اهـ ملخصاً.

مطلب: إذا صار غير الأرشد أرشد

قلت: وبه علم عدم صحة ما أفتى به في الحامدية أنه إذا أثبت أحدهم أرشديته أنه لا تقبل بينة آخر أنه صار أرشد، واستند لما في حاوي السيوطي أن العبرة لمن فيه هذا الوصف في الابتداء، لا في الأثناء، وبينت الجواب عنه في تنقيحها، وذكرت فيه تفصيلاً أخذاً من القواعد المذهبية، وهو أنه إذا ادعى آخر الأرشدية قبل الحكم بها للأول، وتعارضت البينتان اشتركا في التولية، لما مر من أن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والأكثر، ولأنه لا سبيل إلى ترجيح إحدى البينتين على الأخرى قبل الحكم، وإن كان بعده وقصر الزمن لا تسمع الثانية، لترجح الأولى بالحكم بها فتلغو الثانية. وأما إذا طال بحيث يمكن أن يصير الثاني أرشد فكذلك، إلا إذا شهدت الثانية بأن صاحبها صار الآن أرشد من الأول، والله تعالى أعلم اهـ. ثم رأيت التصريح بذلك في فتاوى الشيخ قاسم حيث قال: إذا قامت بينة أخرى بالأرشدية لغيره فلا بد من تصريحها بأن هذا أمر تجدد، وذكر قبله أن الشهادة بالأرشدية تحتاج أن يكون الأولاد وأولاد الأولاد معلومين محصورين، ليكون المشهود له أرشد من غيرهم. قوله: (ولو ضم القاضي للقيم ثقة) تقدم عند قول الشارح: ليس للقاضي عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين، أنه يضمه إليه إذا طعن في أمانته بدون إثبات خيانة وإلا عزله، وتقدم تمام الكلام عليه هناك. قوله: (وإلا فله ذلك) قد يقال: إنه إذا ضمه إليه للطعن في أمانته

زاده معزياً للخانية وغيرها: ليس للمشرف التصرف بل الحفظ، ليس للمتولي أن يستدين على الوقف للعمارة إلا بإذن القاضي.

مات المتولي والجباة يدعون تسليم الغلة إليه في حياته ولا بينة لهم صدقوا بيمينهم لإنكارهم الضمان.

وكان للأصيل الاستقلال بالتصرف لم يبق فائدة لضمه إليه، إلا أن يصور فيما إذا ضمه إليه إعانة له لا لطعن ولا لخيانة. تأمل.

مَطْلَبٌ: لَيْسَ لِلْمُشْرِفِ التَّصَرُّفُ

قوله: (ليس للمشرف التصرف) بل له الحفظ لأن التصرف في مال الوقف مفوّض إلى المتولي. خانية. والظاهر أن المراد بالحفظ: حفظ مال الوقف عنده، لكن قال في الفتح: وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف اهـ. ومقتضاه أنه لو تعورف تصرفه مع المتولي اعتبر، ويحتمل أن يراد بالحفظ مشارفته للمتولي عند التصرف لئلا يفعل ما يضرّ، ويؤيده ما ذكروه في مشرف الوصي، ففي الخانية قال الإمام الفضلي: يكون الوصي أولى بإمساك المال، ولا يكون المشرف وصياً، وأثر كونه مشرفاً أنه لا يجوز تصرف الوصي إلا بعلمه. وفي أدب الأوصياء عن فتاوى الخاصي: وبقول الفضلي يفتى. وأنت خبير بأن الوقف يستقى من الوصية ومسائله تنزع منها، ومن هذا أفتى في الحامدية بأنه ليس للمتولي التصرف في أمور الوقف، بدون إذن المشرف واطلاعه.

مَطْلَبٌ: اَلْقَيِّمُ وَالْمُتَوَلِّي وَالنَّاظِرُ بِمَعْنَى وَاحِدٍ

وفي الخيرية إن كان الناظر بمعنى المشرف فقد صرحوا بأن الوصيّ لا يتصرف إلا بعلم المشرف، وفيها سئل في وقف له ناظر ومتولٍّ هل لأحدهم التصرف بلا علم الآخر؟ أجاب: لا يجوز، والقيم والمتولي والناظر في كلامهم بمعنى واحد اهـ.

قلت: هذا ظاهر عند الأفراد، أما لو شرط الواقف متولياً وناظراً عليه كما يقع كثيراً، فيراد بالناظر المشرف، وعن هذا أجبت في حادثة بأنه ليس للمتولي الإيجار بلا علم الناظر، خلافاً لما في الفتاوى الرحيمية من أنه لو آجر المتولي إجارة شرعية بأجرة المثل لا يملك الناظر معارضته، لأنه في معنى المشرف، تأمل. وأفتى في الإسماعيلية بأنه ليس للناظر معارضة المتولي إلا أن يثبت أن نظارته بشرط الواقف اهـ.

قلت: وفيه نظر، إذ لو نصبه القاضي ناظراً على المتولي لثبوت خيانته لم يستقل المتولي بالتصرف كما مر عن النهر، بل مثله ما لو نصبه عليه للطعن في أمانته كما بحثناه آنفاً. تأمل. قوله: (ليس للمتولي أن يستدين الخ) مكرر مع ما تقدم.

لا يجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلاً، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه المشروط كالمؤذن والإمام والمعلم وإن كانوا أصلح. مؤ.

قوله: (إذا كان مسجلاً) مبني على قول الإمام: إن الوقف لا يلزم قبل الحكم والتسجيل، ومر أن المفتى به قولهما.

مَطْلَبٌ: لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ عَنِ الشُّرُوطِ

قوله: (وإن كانوا أصلح) لكن رأيته في فتاوى مؤيد زاده: إذا لم يكونوا أصلح أو في أمرهم تهاون فيجوز للواقف الرجوع عن هذا الشرط اهـ. وهكذا نقله عنها في شرحه على الملتقى، ثم نقل عن الخلاصة: لا يجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلاً، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه وتغييره، وإن كان مشروطاً كالمؤذن والإمام والمعلم إن لم يكونوا أصلح أو تهاونوا في أمرهم، فيجوز للواقف مخالفة الشرط اهـ.

قال ط: أقول وبالله تعالى التوفيق: إن ما ذكره من المؤذن والإمام إن لم يكونوا أصلح ليس من الرجوع، وإنما هو مخالفة للشرط لكونها أنفع للوقف بنصب غيرهم ممن يصلح، فهو كما إذا شرط أن لا ينزع من الولاية فخان فإنه ينزع ولا يعتبر هذا الشرط ويولي غيره؛ وكما إذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة ولا رغبة فيما عينه فإنه يخالف، وما كان ينبغي للشارح أن يفرد هذا بفرع مستقل لأنه يوهم أنه يجوز له الرجوع في جميع الشروط، وليس كذلك اهـ.

قلت: قد أجاد فيما أفاد، أعطاه مولاه غاية المراد. وحاصله أنه لو شرط الواقف أن يكون الإمام أو المؤذن أو المعلم شخصاً معيناً يصح الرجوع عنه لو كان متهاوناً في مباشرة وظيفته أو كان غيره أصلح، فهو في الحقيقة تغيير كما عبر به في الخلاصة: أي تغيير الشخص المعين بغيره للمصلحة الراجعة إلى المستحقين، فهو نظير ما قدمه المصنف من قوله: الباني أولى بنصب الإمام والمؤذن في المختار، إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه. وبه ظهر الجواب عما نقله الشارح عن الأشباه من قوله: ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما، وهو أنه جائز للمصلحة إذا كانا مشروطين في أصل الوقف فبدونه بالأولى، وقد ظهر أنه ليس المراد أنه يجوز للواقف الرجوع عن شروط الوقف كما فهمه الشارح، حتى تكلف في شرحه على الملتقى للجواب عما قدمه عن الدرر قبيل قول المصنف: «اتحد الواقف والجهة» من أنه ليس له إعطاء الغلة لغير من عينه لخروج الوقف عن ملكه بالتسجيل اهـ. فإنه صريح في عدم صحة الرجوع عن الشروط، ولا يخالفه ما في المؤيدية على ما علمت، ويدل عليه قوله في البحر: إن التولية خارجة عن حكم سائر الشروط، لأن له فيها التغيير كلما بدا له. وأما باقي

جوهرة. وفي جواهر الفتاوى: شرطه لنفسه ما دام حياً، ثم لولده فلان ما عاش، ثم بعده للأعفّ الأرشد من أولاده فإنهاه تنصرف للابن لا للواقف، لأن الكناية تنصرف لأقرب المكنيات بمقتضى الوضع،

الشرط فلا بد من ذكره في أصل الوقف اهـ. وفي الإسعاف: ولا يجوز له أن يفعل إلا ما شرط وقت العقد اهـ. وفيه: لو شرط في وقفه أن يزيد في وظيفة من يرى زيادته أو ينقص من وظيفة من يرى نقصانه أو يدخل معهم من يرى إدخاله أو يخرج من يرى إخراجه جاز، ثم إذا فعل ذلك ليس له أن يغيره، لأن شرطه وقع على فعل يراه، فإذا رآه وأمضاه فقد انتهى ما رآه اهـ. وفي فتاوى الشيخ قاسم: وما كان من شرط معتبر في الوقف فليس للواقف تغييره ولا تخصيصه بعد تقرره ولا سيما بعد الحكم اهـ. فقد ثبت أن الرجوع عن الشروط لا يصح إلا التولية ما لم يشترط ذلك لنفسه فله تغيير المشروط مرة واحدة، إلا أن ينص على أنه يفعل ذلك كلما بدا له، وإلا إذا كانت المصلحة اقتضته، فاغتنم هذا التحرير. قوله: (فإنها[1]) أي الكناية كما يعلم مما بعده، والمراد بها الضمير، وتسمية الضمير كناية اصطلاح الكوفيين. أفاده ط. قوله: (لأقرب المكنيات) أي لأقرب المذكورات التي يمكن أن يكون الضمير كناية عنها.

مَطْلَبٌ فِي أَنَّ الأَصْلَ عَوْدُ الضَّمِيرِ إِلَى أَقْرَبِ مَذْكُورٍ

قوله: (بمقتضى الوضع) أي الأصل، وهو عود الضمير إلى أقرب مذكور إليه.

قلت: وهذا الأصل عند الخلو من القرائن.

مَطْلَبٌ فِيمَا إِذَا قَالَ عَلَى أَوْلادِي وَأَوْلادِ أَوْلادِي الذُّكُورِ

ولذا قال في الخيرية: سئل فيمن وقف على ولده حسن وعلى من يحدث له من الأولاد، ثم على أولاده الذكور، ثم على أولاده الإناث وأولادهن، ثم حدث للواقف ولد اسمه محمد، ثم مات حسن المذكور فهل الضمير في يحدث له راجع إلى حسن لأنه أقرب مذكور، أم إلى الواقف فيدخل محمد؟ فأجاب مفتي الحنفية بمصر مولانا الشيخ حسن الشرنبلالي بأنه راجع إلى الواقف. ثم قال في الخيرية: إن هذا مما لا يشك ذو فهم فيه إذ هو الأقرب إلى غرض الواقف مع صلاحية اللفظ له.

مَطْلَبٌ: إِذَا كَانَ لِلَّفْظِ مُحْتَمَلانِ تَعَيَّنَ أَحَدُهُمَا بِغَرَضِ الْوَاقِفِ

وقد تقرر في شروط الواقفين أنه إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بالغرض، وإذا أرجعنا الضمير إلى حسن لزم حرمان ولد الواقف لصلبه واستحقاق أولاد أولاد

---

(١) في ط (قوله فإنها الخ) هكذا بخطه والذي في نسخ الشارح فإنهاه رمز الأرفق بما يأتي لاسيما ولا مرجع في الشارح للضمير في قوله فإنها اهـ مصححه

وكذلك مسائل ثلاث: وقف على زيد وعمرو ونسله فالهاء لعمرو فقط، وقفت على ولدي وولد ولدي الذكور، فالذكور راجع لولد الولد فحسب، وعكسه وقفت على بني زيد وعمرو، ثم يدخل بنو عمرو لأنه أقرب إلى زيد فيصرف

البنات، وفيه غاية البعد، ولا تمسك بكونه أقرب مذكور، لما ذكرنا من المحظور، وهذا لغاية ظهوره غني عن الاستدلال اهـ. قوله: (وكذلك مسائل ثلاث) أي يعتبر فيها الأقرب وإن لم يكن هناك ضمير، فإن الثانية والثالثة لا ضمير فيهما ط. قوله: (فالهاء لعمرو فقط) أي فلا يدخل نسل زيد. زاد الإمام الخصاف: فإن قال على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهما، فالغلة لعبد الله وزيد وعمرو ونسل زيد وعمرو دون نسل عبد الله اهـ. قوله: (فالذكور راجع لولد الولد فحسب) أي فقط: أي للمضاف المعطوف دون المضاف إليه ودون المعطوف عليه، فقوله: «على ولدي» بقي شاملاً للذكور والإناث من صلبه، وقوله: «وولد ولدي الذكور» يختص بالذكور من أولاد الذكور والإناث: أي بالمضاف فقط لأنه أقرب مذكور. ولا يقال المضاف إليه أقرب مذكور لأنا نقول: الأصل عود الضمير على المضاف، كما إذا قلت جاء غلام زيد وأكرمته: أي الغلام لأنه المحدث عنه، والمضاف إليه ذكر معرفاً للمضاف غير مقصود بالحكم. ويحتمل أن يكون قوله: «فحسب» احترازاً عن رجوعه للمضاف إليه فقط، فلا ينافي رجوعه للمعطوف عليه أيضاً، وهذا وإن كان بعيداً من فحوى العبارة لكنه هو الموافق لما نص عليه هلال بقوله قلت: أرأيت إن قال على ولدي وولد ولدي الذكور. قال: فهي لمن كان ذكراً من ولده وولد ولده، قال الذكور من ولد البنين والبنات؟ قال نعم اهـ. فقد جعله قيداً للمعطوف والمعطوف عليه دون المضاف إليه، ومثله في الإسعاف. وبعده: ولو قال على ولدي وولد ولدي الإناث، يكون للإناث من ولده دون ذكورهم والإناث من ولد الذكور والإناث ومن فيهما سواء اهـ. وهو المتبادر من كلام الخصاف أيضاً، لكن يأتي أن الوصف ينصرف إلى ما يليه عندنا، وهو مؤيد للاحتمال الأول في عبارة جواهر الفتاوى، ومقتضى كلام الأشباه أنه قيد للمضاف إليه فقط، وتمام تحرير المقام في كتابنا تنقيح الحامدية، فراجعه.

مَطْلَبٌ: إِذَا تَقَدَّمَ القَيْدُ يَكُونُ لِمَا قَبْلَ العَاطِفِ

قوله: (وعكسه وقفت الخ) عكس مبتدأ والجملة بعده أريد بها لفظها خبره، والمراد أنه عكس ما قبله في كون القيد فيه متقدماً فيكون لما قبل العاطف، بخلاف ما تقدم فإن القيد فيه متأخر فيكون لما بعد العاطف، فالضمير في قوله: «لأنه أقرب» وفي قوله: «فيصرفه» عائد للقيد وهو لفظ بني لا لعمرو كما وهم، ومقتضى كلامه أن الوصف يعود إلى ما يليه سواء تأخر أو تقدم: فإذا قال على فقراء أولادي أو جيراني

إليه، هذا هو الصحيح

قلت: وقدمنا أن الوصف بعد متعاطفين للأخير عندنا

وفي الزيلعي: من باب المحرمات. وقولهم ينصرف الشرط إليهما وهو الأصل، فإنما ذلك في الشرط المصرح به والاستثناء بمشيئة الله تعالى. وأما في

ينصرف إلى الأول فقط، وكذا لو قال على ذكور أولادي وأولادهم فيدخل فيه الإناث من أولاد الذكور. ويؤيده أن الأصل العطف على المضاف، واعلم أن ما لو توسط الوصف مثل على أولادي الذكور وأولاد أولادي، والظاهر انصرافه للأول فقط، فيخص الذكور لصلبه ويعم الذكور والإناث من أولاد أولاده الذكور والإناث، نعم لو قال وأولادهم يخص الذكور والإناث من أولاد الذكور لعود الضمير إليهم. وفي الإسعاف: لو قال على الذكور من ولدي وعلى أولادهم فهي للذكور من ولده لصلبه ولولد الذكور إناثاً كانوا أو ذكوراً دون بنات الصلب. فلا تعطى البنت الصلبية وتعطى بنت أخيها. ولو قال على ذكور ولدي وذكور ولد ولدي يكون للذكور من ولده لصلبه وللذكور من ولد ولده، ويكون الذكور من ولد البنين والبنات فيه سواء، ولا يدخل أنثى من ولده ولا من ولد ولده. ولو قال على ولدي وعلى أولاد الذكور من ولدي يكون على ولده لصلبه الذكور والإناث، وعلى الذكور والإناث من ولد الذكور من ولده، ولا تدخل بنات الصلب[1] اهـ. قوله: (هذا هو الصحيح) راجع لأصل المسألة، ومقابله القول بأن الغلة تنصرف للموقف لا لابنه، كما أفاده كلام المنح قبيل هذا الفصل، والظاهر أن الخلاف في باقي المسائل كذلك.

مطلب: الوصف بعد جمل يرجع إلى الأخير عندنا

قوله: (قلت وقدمنا) أي في هذا الفصل حيث قال: الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا فقط، ويأتي قريباً، وهذا تأييد لقوله فالذكور راجع لولد الولد فحسب، لكن علمت مخالفته لكلام هلال والإسعاف. قوله: (عندنا) وعند الشافعي للجميع إذا لم يعطف بثم كما مر ويأتي. قوله: (من باب المحرمات) أي في كتاب النكاح. قوله: (وهو الأصل) أي انصراف الشرط إلى المتعاطفين عندنا وعند الشافعية. قوله: (في الشرط المصرح به) مثل فلانة طالق وفلانة إن دخلت الدار فيكون دخول الدار شرطاً لطلاقهما لا للمعطوف فقط اهـ ح. قوله: (والاستثناء بمشيئة الله تعالى) لأنه شرط حقيقة وإن سمي استثناء عرفاً، واحترز به عن الاستثناء بإلا. ففي التلويح: إذا ورد

---

(١) في ط (قوله ولا تدخل بنات الصلب) أي لا يدخلن في الولدين أي لا يستحق أولادهن من هذا الوقف شيئاً وليس المراد عدم دخولهن أنفسهن في الوقف حتى يأتي بتخصيص من الولد الأول كما توهم

الصفة المذكورة في آخر الكلام فتصرف إلى ما يليه، نحو جاء زيد وعمرو العالم إلى آخره، فليحفظ. وفي المنظومة المحبية قال: [الرجز]

الاستثناء عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بالواو فلا خلاف في جواز رده إلى الجميع والأخير خاصة، وإنما الخلاف في الظهور عند الإطلاق. فذهب الشافعي أنه ظاهر في العود إلى الجميع. وذهب بعضهم إلى التوقف وبعضهم إلى التفصيل. ومذهب أبي حنيفة أنه ظاهر في العود إلى الأخيرة اهـ. والمراد بالتفصيل هو أنه إن استقلت الثانية عن الأولى بالإضراب عنها فللأخيرة، وإلا فللجميع. واحترز بالجمل عن الاستثناء عقيب مفردات فإنه للكل اتفاقاً كما في شرح التحرير. مثال الأول: وقفت داري على أولادي ووقفت بستاني على إخوتي إلا إذا خرجوا. ومثال الثاني: وقفت داري على أولادي وأولادهم إلا إذا خرجوا. قوله: (فتصرف إلى ما يليه) أي إلى ما يلي العاطف وهو المعطوف المتأخر وهو الأوجه من صرفها للجميع، كما في تحرير ابن الهمام. قوله: (نحو جاء زيد وعمرو العالم) لا يخفى أن الوصف هنا لا يمكن صرفه للجميع وإن أمكن للأول، لكنه غير محل الخلاف، فالمناسب تمثيل ابن الهمام بقوله كتميم وقريش الطوال فعلوا، فإن الطوال جمع طويل يمكن صرفه للمتعاطفين وللأخير فقط، والثاني مذهبنا وهو الأوجه كما علمت، والأول مذهب الشافعي. قال في جمع الجوامع وشرحه: الصفة كالاستثناء في العود إلى كل المتعدد على الأصح ولو تقدمت، نحو: وقفت على أولادي وأولادهم المحتاجين، ووقفت على محتاجي أولادي وأولادهم؛ فيعود الوصف في الأول إلى الأولاد مع أولادهم، وفي الثاني إلى أولاد الأولاد مع الأولاد، وقيل لا. أما المتوسطة نحو: وقفت على أولادي المحتاجين وأولادهم فالمختار اختصاصها بما وليته، ويحتمل أن يقال: تعود إلى ما وليها أيضاً اهـ.

مَطْلَبٌ: الشَّرْطُ وَالاسْتِثْنَاءُ يَرْجِعُ إِلَى الْكُلِّ اتِّفَاقاً لا الْوَصْفُ فَإِنَّهُ لِلأَخِيرِ عِنْدَنَا

تنبيه: حاصل ما مر أن كلًّا من الشرط والاستثناء والوصف يعود إلى المتعاطفين جميعاً عند الشافعي، وكذا عندنا، إلا الوصف فإلى الأخير فقط، لكن علمت مخالفته لما قدمناه عن هلال وغيره.

مَطْلَبٌ: عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ مِنْ قَبِيلِ الشَّرْطِ

وقد سئل المصنف عمن وقف على أولاده وعددهم على الفريضة الشرعية، وليس للإناث حق إلا إذا كن عازبات، ثم على أولاد الموقوف عليهم، ثم على أولادهم ونسلهم، على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، فهل هذا الشرط راجع

وَالوَصْفُ بَعْدَ جُمَلٍ إذا أتى ... يَرْجِعُ لِلجَمِيعِ فِيمَا ثَبَتَا
عِنْدَ الإمَامِ الشَّافِعِيِّ فِيمَا ... إنْ كَانَ ذَا العَطْفُ بِوَاوٍ أمَّا
إنْ كَانَ ذَا عَطْفاً بِثُمَّ وَقَعَا ... إلَى الأخِيرِ بِاتِّفَاقٍ رَجَعَا
وَلَوْ عَلَى البَنِينَ وَقْفاً يَجْعَلُ ... فَإنَّ فِي ذَاكَ البَنَاتِ تَدْخُلُ
وَوَلَدُ الابْنِ كَذَاكَ البِنْتِ ... يَدْخُلُ فِي ذُرِّيَّةٍ بِثَبْتِ
لَوْ وَقَفَ الوَقْفَ عَلَى الذُّرِّيَّةِ ... مِنْ غَيْرِ تَرْتِيبٍ فَبِالسَّوِيَّةِ
يُقَسَّمُ بَيْنَ مَنْ عَلا وَالأسْفَلِ ... مِنْ غَيْرِ تَفْضِيلٍ لِبَعْضٍ فَانْقُلِ
وَتُنْقَضُ القِسْمَةُ فِي كُلِّ سَنَةْ ... وَيُقَسَّمُ البَاقِي عَلَى مَنْ عَيَّنَهْ

للكل أو للجملة الثانية المعطوفة بثم وما بعدها لطول الفصل بين الأولى والثانية وهو قوله ليس للإناث حق الخ؟ أجاب: صرح أصحابنا بأن قوله على أن كذا من قبيل الشرط لما فيها من معنى اللزوم، ووجود الجزاء يلازمه وجود الشرط كما قال تعالى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَن لَّا يُشْرِكْنَ﴾ [الممتحنة: ١٢] أي بشرط أن لا يشركن. وبأن الشرط إذا تعقب جملاً يرجع إلى الكل، بخلاف الصفة والاستثناء فإلى الأخير عندنا، ولم يفرق أصحابنا بين العطف بالواو والعطف بثم، وعلى هذا فيعود نصيب من مات عن ولد لولده عملاً بالشرط المذكور وهو الموافق لغرض الواقفين اهـ ملخصاً. وظاهره أن طول الفصل المذكور لا يضر أيضاً. قوله: (إن كان ذا العطف بواو) قال العراقي في فتاواه: وقد أطلق أصحابنا في الأصول والفروع العطف ولم يقيدوه بأداة، وممن حكى الإطلاق إمام الحرمين والغزالي والشيخان، وزاد بعضهم مثل ذلك فجعل ثم كالواو كالمتولي، حكاه عنه الرافعي، ومثل إمام الحرمين المسألة بثم، ثم قيدها بطريق البحث بما إذا كان ذلك بالواو، وتمامه فيه حموي. قوله: (إلى الأخير) متعلق برجعا الذي هو جواب أما.

مطلب في تحرير الكلام على دخول أولاد البنات

قوله: (ولو على البنين وقفاً يجعل الخ) يعني لو قال على بني وله بنون وبنات يدخل فيه البنات، لأن البنات إذا جمعن مع البنين ذكرن بلفظ التذكير، ولو له بنات فقط، أو قال على بناتي وله بنون لا غير فالغلة للمساكين ولا شيء لهم، وتمامه في الإسعاف. وهذا البيت يغني عنه البيتان الأخيران. قوله: (وولد الابن كذاك البنت) أي كذلك ولد البنت فحذف المضاف وأبقى المضاف إليه على جره اهـ ح: أي لو وقف على ذريته يدخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات. قوله: (لو وقف الوقف على الذرية) أي لو قال على ذرية زيد أو قال على نسله أبداً ما تناسلوا يدخل فيه ولده وولد ولده، وولد البنين وولد البنات في ذلك سواء. خصاف. قوله: (من غير ترتيب الخ) أي إن لم يرتب بين البطون تقسم الغلة يوم تجيء على عددهم من الرجال والنساء والصبيان من

وَلَــوْ عَلَــى أَوْلَادِهِ ثُــمَّ عَلَــى ... أَوْلَادِ أَوْلَادٍ لَــهُ قَــدْ جَعَــلَا
وَقْفاً فَقَالُوا لَيْسَ فِي ذَا يَدْخُلُ ... أَوْلَادُ بِنْتِهِ عَلَــى مَا يُنْقَلُ

ولده لصلبه والأسفل درجة بالسوية بلا تفضيل، ثم كلما مات أحد منهم سقط سهمه، وتنقض القسمة وتقسم بين من يكون موجوداً يوم تأتي الغلة. أما لو رتب بأن قال: يقدم البطن الأعلى على الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم بطناً بعد بطن اعتبر شرطه، وتمامه في الخصاف. قوله: (ولو على أولاده الخ) اعلم أنهم ذكروا أن ظاهر الرواية المفتى به عدم دخول أولاد البنات في الأولاد مطلقاً: أي سواء قال على أولادي بلفظ الجمع، أو بلفظ اسم الجنس كولدي، وسواء اقتصر على البطن الأول كما مثلنا، أو ذكر البطن الثاني مضافاً إلى البطن الأول المضاف إلى ضمير الواقف كأولادي وأولاد أولادي، أو العائد على الأولاد كأولادي وأولادهم على ما في أكثر الكتب. وقال الخصاف: يدخلون في جميع ما ذكر. وقال علي الرازي: إن ذكر البطن الثاني بلفظ اسم الجنس المضاف إلى ضمير الواقف كولدي وولد ولدي لا يدخلون، وإن بلفظ الجمع المضاف إلى ضمير الأولاد كأولادي وأولاد أولادهم دخلوا. وقال شمس الأئمة السرخسي: لا يدخلون في البطن الأول رواية واحدة، وإنما الخلاف في البطن الثاني. وظاهر الرواية الدخول، لأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده، فمن ولدته بنته يكون ولد ولده حقيقة، بخلاف ما إذا قال على ولدي، فإن ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لأن اسم الولد يتناول ولده لصلبه، وإنما يتناول ولد الابن لأنه ينسب إليه عرفاً. وهو اختيار لقول هلال، وصححه في الخانية مستنداً لكلام محمد في السير الكبير. وفي الإسعاف أنه الصحيح، وجزم به قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي وتلميذه الشلبي وابن الشحنة وابن نجيم والحانوتي وغيرهم من المتأخرين. وكذا الخير الرملي في موضع من فتاويه، وخالفه في موضع آخر، وتمام تحرير ذلك وترجيح ما جنح إليه المتأخرون في كتابي تنقيح الحامدية، وقدمنا في الجهاد بعض ذلك.

ثم رأيت في فتاوى الكازروني جواباً مطولاً للعلامة الشيخ علي المقدسي، ملخصه أن المحقق ابن الهمام قال في الفتح: ولو ضم إلى الأولاد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي شمل الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته، كذا اختاره هلال والخصاف، وصححه في الخانية. وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال: لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا، وإنما روي عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم، وإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لأولاد الذكور دون أولاد الإناث، فكأنهم قاسوه على ذلك. وفرق شمس الأئمة بينهما بالفرق المشهور

بلفظ أولادي كذا أقاربي وإخوتي ولفظ آبائي أجيب
يشترك الإناث والذكور فيه وذاك واضح مسطور

وبما يكثر وقوعه ما لو وقف على ذريته مرتباً وجعل من شرطه أن من مات

المذكور في الخانية وغيرها أي ما قدمناه عنه، فهذا ابن الهمام المعروف بالتحقيق عند الخاص والعام قد اعتمد على هؤلاء الأئمة العظام، أما هلال فإنه تلميذ أبي يوسف. وأما الخصاف فقد شهد له بالفضل شمس الأئمة الحلواني فقال: إن الخصاف إمام كبير في العلوم يصح الاقتداء به، وقد اقتدى به أئمة الشافعية. وأما قاضيخان وشمس الأئمة فهما في الطبقات يغني عن التطويل، وإذا كان مثل الإمام الخصاف لم يجد من يقوم برواية حرمان أولاد البنات في صورة ولدي وولد ولدي يعلم أن الصورة التي بلفظ الجمع ليس فيها الخلاف رواية فصماً، بل دخول أولاد البنات فيها رواية واحدة. نعم هذا قال شيخ مشايخنا السري ابن الشحنة: ينبغي أن تصحح رواية الدخول قطعاً لأن فيها نص محمد عن أصحابنا، والمراد بهم أبو حنيفة وأبو يوسف، وقد انضم إلى ذلك أن الناس في هذا الزمان لا يفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره، وعليه عملهم وعرفهم مع كونه حقيقة اللفظ. وقد وقع لشيخ مشايخنا الصدر الأجل المولى ابن كمال باشا مثل ما وقع من ابن الهمام من الاعتماد على هؤلاء الأئمة العظام.

قال: ويقطع عرق شبهة الاختلاف في صورة أولاد أولادي ما نقله في الذخيرة عن شمس الأئمة السرخسي أن أولاد البنات يدخلون رواية واحدة، وإنما الروايتان فيما إذا قال أمنوني على أولادي اهـ. وبهذا البيان اتضح أن ما وقع في بعض الكتب كالمجتبى والواقعات والمحيط الرضوي من ذكر الخلاف في العبارة المذكورة من قبيل نقل الخلاف في إحدى الصورتين قياساً على الأخرى مع قيام الفرق بينهما، وما ذكروه في التعليل من أن ولد البنت ينسب لأبيه لا يساعدهم؛ لأنه إن أريد أن الولد لا ينسب إلى الأم لغة وشرعاً فلا وجه له، إذ لا شبهة في صحة قول الواقف وقفت على أولاد بناتي، وإن أريد لا ينسب إليها عرفاً فلا يجدي نفعاً في عدم دخول ولد البنت في الصورة المذكورة، لما عرف أن دخوله فيها بحكم العبارة لا بحكم العرف. والدخول بحكم العرف إنما هو في صورتي الوجه الأول وهي ولدي وأولادي، والتعليل المذكور يتعلق عليهما. وقد ذكر شيخ الإسلام ابن الشحنة أن العرف موافق للحقيقة اللغوية فيجب المصير إليه والتعويل عليه اهـ. وقد أجاب العلامة الحانوتي بمثل ما قاله المقدسي. قوله: (يشترك الإناث والذكور) أي عند الاجتماع تغليباً للمذكر على المؤنث.

مطلب في مسألة السبكي الواقعة في الأشباه في نقض القسمة والمرجحة الحنبلية

قوله: (ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أن هذه المسألة وقع فيها اختلاف واشتباه، ولا

سيما على صاحب الأشباه. ولما رأيت الأمر كذلك جمعت فيها حين وصولي إلى هذا المحل رسالة سميتها (الأقوال الواضحة الجلية في مسألة نقض القسمة ومسألة الدرجة الجعلية) وكنت ذكرت شيئاً من ذلك في كتاب (تنقيح الحامدية) وأوضحت فيه المسألتين بما تقرّ به العين، فمن أراد الوقوف على حقيقة الأمر فليرجع إلى هذين التأليفين، فإن ذلك يستدعي كلاماً طويلاً، ولنذكر لك خلاصة ذلك باختصار.

وذلك أنه إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم وهكذا مرتباً بين البطون، وشرط أن من مات عن ولد فنصيبه لولده أو عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته، ومن مات قبل استحقاقه لشيء وله ولد قام ولده مقامه واستحق ما كان يستحق لو بقي حياً، فمات الواقف أو غيره عن عشرة أولاد مثلاً ثم مات أحدهم عن ولد يعطى سهمه لولده عملاً بالشرط، فلو مات بعده آخر عن ولد وعن ولد ولد مات والده في حياة أبيه، فهل يعطى هذا الولد مع عمه حصة جده لأن الواقف جعل درجته درجة أبيه وهي درجته الجعلية، فيشارك أهل الطبقة الأولى وهي درجة عمه أو لا يعطى له شيئاً[1] أفتى السبكي بعدم المشاركة، وخص العم بحصة أبيه بناء على أن المتوفى في حياة والده لا يسمى موقوفاً عليه ولا من أهل الوقف، وإنما يعمل بشرطه الأول، وهو كل من مات عن ولد فنصيبه لولده، فكلما مات واحد من العشرة يعطى سهمه لولده دون ولد ولده الذي مات قبل الاستحقاق إلى أن يموت العاشر من الطبقة العليا، فإذا مات هذا العاشر عن ولد لا يعطى نصيبه لولده بل تنتقض القسمة ويقسم على البطن الثاني قسمة مستأنفة، ويبطل قول الواقف من مات عن ولده فنصيبه لولده، ويرجع إلى العمل بقوله ثم على أولادهم حيث رتب بين الطبقات، وبعد ذلك فكل من مات من البطن الثاني عن ولده فنصيبه لولده، وهكذا إلى أن يموت آخر هذه الطبقة الثانية فتبطل القسمة وتستأنف قسمة أخرى على الطبقة الثالثة، وهكذا إلى آخر الطبقات كما نص عليه الخصاف وغيره.

لكن السبكي قسم على الموتى من كل طبقة عند استئناف القسمة وأعطى حصة كل ميت لأولاده. وأما الخصاف فقسم على عدد أهل الطبقة التي تستأنف القسمة عليها ولم ينظر إلى أصولهم، فهذا خلاصة ما قاله السبكي، وخالفه الجلال السيوطي فاختار أن ولد من مات قبل الاستحقاق يقوم مقام والده عملاً بالشرط ويستحق من جده مع أعمامه، وأنه إذا مات أحد من أعمامه عن غير ولد استحق معهم أيضاً، لأن عدم

---

(١) في خ (قوله أو لا يعطى له شيئاً) هكذا بخطه ولعل الأولى حذف كلمة له اللهم إلا أن يجعل الجار والمجرور نائب فاعل يعطى على قلة لوجود مفعول به أو يقرأ الفعل بالبناء للفاعل.

كونه من أهل الوقف ممنوع، بل صريح قول الواقف: ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه أنه منهم، فأهل الوقف يشمل المستحق ومن كان بصدد الاستحقاق، وأنه إذا مات آخر من في الطبقة عن ولد يعطى سهمه لولده[1].

وحاصله أنه خالفه في شيئين. أحدهما أن أولاد المتوفى في حياة والده لا يحرمون مع بقاء الطبقة الأولى بل يستحقون معهم عملاً باشتراط الدرجة الجعلية. ثانيهما أنه إذا انقرضت الطبقة لا تنقض القسمة كما هو صريح إعطائه سهم آخر من مات من الطبقة لولده، فقوله في الأشباه أنه وافق السبكي على نقض القسمة غير صحيح.

ثم إن صاحب الأشباه قال: إن مخالفته للسبكي في أولاد المتوفى في حياة أبيه واجبة. وأما نقض القسمة بعد انقراض كل بطن فقد أفتى به بعض علماء العصر وعزوه للخصاف، ولم يتنبهوا للفرق بين صورتي الخصاف والسبكي؛ فإن صورة السبكي ذكر فيها العطف بكلمة «ثم» بين الطبقات، وصورة الخصاف قال فيها وقف على ولده وولد ولده ونسلهم مرتباً: أي قائلاً على أن يبدأ بالبطن الأعلى ثم بالذين يلونهم، ثم الذين يلونهم بطناً بعد بطن، فصدر مسألة الخصاف اقتضى اشتراك البطن الأعلى مع الأسفل، وقوله على أن يبدأ بالبطن الأعلى إخراج بعد الدخول. وصدر مسألة السبكي اقتضى عدم الاشتراك للعطف بثم لا بالواو، فنقض القسمة خاص بمسألة الخصاف دون مسألة السبكي، فكيف يصح أن يستدل بكلام الخصاف على مسألة السبكي؟ وحاصله أنه إن عبر بالواو بين الطبقات مرتباً بعده، بأن يبدأ بالبطن الأعلى تنقض القسمة عند انقراض كل بطن كما قاله الخصاف، وإن عبر بثم لا يصح القول بنقض القسمة خلافاً للسبكي، بل كلما مات أحد عن ولد يعطى سهمه لولده في جميع البطون. هذا خلاصة ما قاله في الأشباه. وقد رد عليه جميع من جاء بعده، حتى إن العلامة المقدسي ألف في الرد عليه رسالة مستقلة ذكرها الشرنبلالي في مجموع رسائله، وحقق فيها عدم الفرق في نقض القسمة بين العطف بثم والعطف بالواو المقترنة بما يفيد الترتيب. وقال: قد أفتى بذلك جماعة من أفاضل الحنفية والشافعية: منهم السري عبد البر بن الشحنة الحنفي، ونور الدين المحلي الشافعي، وبرهان الدين الطرابلسي الحنفي، ونور الدين الطرابلسي

---

(١) في ط (قوله يعطى سهمه لولده) ولا تنتقض القسمة إذ لا فائدة من نقضها لأن السبكي إنما نقضها لأجل إيصال ولد من مات والده قبل الاستحقاق والسيوطي أدخله من درجة أبيه فلو قال بنقض القسمة لم تكن هناك فائدة لأنه إنما نقض كالسبكي بمعنى أنه يقسم أولاً على الأصول الأموات ويعطي نصيب كل منهم لولده ويعد من مات قبل الاستحقاق مع الأصول المقسوم عليهم ويعطي نصيبه لولده الذي من درجة أبيه فانتقاض القسمة إنما هو بإعطاء من كان محروماً ولا يحرم في رأي السيوطي فلا داعي للنقض لأن الظاهر تعلقهما على معنى القسمة لأنهما متعلقان.

قبل استحقاقه وله ولد قام مقامه لو بقي حياً فهل له حظ أبيه لو كان حياً ويشارك الطبقة الأولى أو لا؟ أفتى السبكي بالمشاركة وخالفه السيوطي، وهذه المخالفة واجبة كما أفاده ابن نجيم في الأشباه من القاعدة التاسعة، لكنه ذكر بعد ورقتين أن بعضهم يعبر بين الطبقات بثم وبعضهم بالواو، فبالواو يشارك، بخلاف ثم، فراجعه متأملاً مع شرح الوهبانية. فإنه نقل عن السبكي واقعتين آخريين يحتاج إليهما، ولم يزل العلماء متحيرين في فهم شروط الواقفين إلا من رحم الله. ولقد أفتيت فيمن وقف على أولاد الظهور دون الإناث، فماتت مستحقة عن ولدين أبوهما من أولاد الظهور بأنه ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من أولا الظهور

الحنفي، وشهاب الدين الرملي الشافعي، والبرهان بن أبي شريف الشافعي، وعلاء الدين الإخميمي وغيرهم.

قلت: وأفتى بذلك أيضاً العلامة ابن الشلبي في سؤال مرتب بثم، وقال: الصواب نقض القسمة كما اقتضاه صريح كلام الخصاف، ولا أعلم أحداً من مشايخنا خالفه في ذلك، بل وافقه جماعة من الشافعية وغيرهم اهـ. وقد أيد العلامة ابن حجر في فتاواه القول بنقض القسمة على نحو ما مر عن الخصاف، ونقل مثله عن الإمام البلقيني وغيره في صورة الترتيب بثم، فقد تحرر بهذا أن الصواب القول بنقض القسمة بلا فرق بين العرف بثم أو بالواو المقترنة بما يفيد الترتيب، وأن اشتراط الدرجة الجعلية معتبر، لكن الذي عليه جمهور العلماء قيام من مات في حياة والده قيام والده في الاستحقاق من سهم جده. وأما دخوله في الاستحقاق مع عمه ونحوه ممن هو في درجة أبيه المتوفى قبل الاستحقاق، فقد وقع فيه معترك عظيم بين العلماء، فمنهم من قال بدخوله في الموضعين، وهو اختيار السيوطي كما مر، ووافقه جماعة كثيرون، واعتمده الشرنبلالي، وألف فيه رسالة تبع فيها العلامة المقدسي، وأفتى جماعة كثيرون من أئمة المذاهب الأربعة بعدم دخوله في الثاني، وهو الذي حققته في الرسالة وفي تنقيح الحامدية، والله سبحانه أعلم. فاغتنم توضيح هذا المحل، واشكر مولاك عز وجل. قوله: (أفتى السبكي بالمشاركة وخالفه السيوطي) العبارة مقلوبة كما ظهر لك مما قررناه، فإن السبكي أفتى بعدم المشاركة وبنقض القسمة والسيوطي خالفه في الأمرين لا في أحدهما خلافاً للأشباه. قوله: (وهذه المخالفة واجبة) أي يجب القول بمشاركته لأهل درجة أبيه على التفصيل الذي قلناه أو مطلقاً. قوله: (فبالواو) أي المقترنة بما يفيد الترتيب بين الطبقات، وقوله: «يشارك» صوابه تنقض القسمة. قوله: (بخلاف ثم) فإن القسمة لا تنقض فيها بانقراض كل طبقة، وقد علمت أن الصواب نقض القسمة في الموضعين. قوله: (ولقد أفتيت الخ) أفتى بمثله الحانوتي. قوله: (بأنه ينتقل نصيبها لهما) أي إذا وجد في كلام الواقف ما يدل على انتقال نصيب الميت لولده. قوله:

باعتبار أبيهما كما يعلم من الإسعاف وغيره.

وفي الإسعاف والتاترخانية: لو وقف على عقبه يكون لولده وولد ولده أبداً ما تناسلوا من أولاد الذكور دون الإناث، إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور كل من يرجع نسبه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه انتهى. وسيجيء في الوصايا أنه لو أوصى لآله أو جنسه دخل كل من ينسب إليه من قبل آبائه، ولا يدخل أولاد البنات، وأنها لو أوصت إلى أهل بيتها أو لجنسها لا يدخل ولدها إلا أن يكون أبوه من قومها، لأن الولد إنما ينسب لأبيه لا لأمه.

قلت: وبه علم جواب حادثة لو وقف على أولاد الظهور دون أولاد البطون، فماتت مستحقة عن ولدين أبوهما من أولاد الظهور هل ينتقل نصيبها لهما؟ فأجبت: نعم ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من أولاد الظهور باعتبار والدهما المذكور، والله أعلم.

فَصْلٌ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِوَقْفِ ٱلْأَوْلَادِ مِنَ ٱلْقَوْرِ وَغَيْرِهَا

وعبارة المواهب في الوقف على نفسه وولده ونسبه وعقبه جعل ريعه لنفسه أيام حياته ثم وثم جاز عند الثاني، وبه يفتى،

(وفي الإسعاف الخ) هذا كله إلى الفصل ساقط من بعض النسخ، ويدل على أنه لم يوجد في أصل النسخة ما فيه من التكرار بإعادة الحادثة التي أفتى بها. قوله: (إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده) استثناء من قوله دون الإناث، وهذا دليل ما أفتى به، وهو مراده من قوله كما يعلم من الإسعاف، وهذا يؤيد سقوط هذه الجملة من أصل النسخة. قوله: (كل من يرجع الخ) توضيح لما قبله ط، وسيذكر في الفصل الآتي تفسير العقب والنسل والآل والجنس، ويأتي الكلام عليه، والله سبحانه أعلم.

فَصْلٌ فِيمَا يَتَعَلَّقُ فِي وَقْفِ ٱلْأَوْلَادِ

ما قدمه عن جواهر الفتاوى وما بعده إلى هنا من متعلقات هذا الفصل فكان المناسب ذكره فيه. قوله: (وعبارة المواهب) أي مواهب الرحمن للعلامة برهان الدين إبراهيم الطرابلسي صاحب الإسعاف. قوله: (في الوقف على نفسه) أي في فصل الوقف على نفسه، وظاهره أن جميع ما ذكره عبارة المواهب، وليس كذلك لأن أكثر ما ذكره هنا لم يذكر في المواهب. قوله: (جعل ريعه لنفسه الخ) تقدم في قول المتن: وجاز جعل غلة الوقف لنفسه عند الثاني. قوله: (ثم وثم) حكاية لما يذكره الواقف

كجعله لولده، ولكن يختص بالصلبي ويعم الأنثى ما لم يقيد بالذكر ويستقل به الواحد، فإن انقضى الصلبي فللفقراء دون ولد الولد، إلا أن لا يكون حين الوقف صلبي فيختص بولد الابن ولو أنثى دون من دونه من البطون دون ولد البنت في الصحيح، ولو زاد وولد ولدي فقط اقتصر عليهما

من العطف بثم في وقفه كقوله ثم بعدي على أولادي ثم على أولادهم، وهذا لا مدخل له في نقل الخلاف، لأن الخلاف في جعله الريع لنفسه لا لأولاده ونحوهم. نعم من جعل الوقف على النفس باطلاً أبطل ما عطف عليه أيضاً. قوله: (كجعله لولده) متعلق بقوله: فجائزاً لكن لا يقيد كونه عند الثاني كما علمت. قوله: (ولكن يختص بالصلبي) أي بالبطن الأول إذا وجد، فلا يدخل فيه غيره من البطون، لأن لفظ ولدي مفرد وإن عم معنى، بخلاف أولادي بلفظ الجمع على ما يأتي. قوله: (ويعم الأنثى) أي كالذكر، لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة وهي موجودة فيهما. ح عن الإسعاف. قوله: (ما لم يقيد بالذكر) في بعض النسخ بالذكور وهي كذلك في الدرر. قوله: (ويستقل به الواحد) أي بأن كان له أولاد حين الوقف فماتوا إلا واحداً، أو لم يكن له إلا واحد فإن ذلك الواحد يأخذ جميع غلة الوقف، لأن لفظ ولدي مفرد مضاف فيعم، بخلاف الوقف على بنيه فإن الواحد يستحق نصفها والنصف الآخر للفقراء، لأن أقل الجمع اثنان كما في الإسعاف، وقدمنا مثله في الفروع. قوله: (فإن انقضى الصلبي) أي مات بالأولى [illegible] به. قوله: (دون ولد الولد) لاقتصاره على البطن الأول، فلا يستحقون بدون شرط. إسعاف. وإنما صرف للفقراء لانقطاع الموقوف عليه كما في الدرر، وهذا يسمى منقطع الوسط كما قدمناه. قوله: (فيختص بولد الابن) أي لا يشاركه في الغلة من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصلبي بمنزلة الصلبي. درر. أي لأنه ينسب إليه. وفي الخصاف: إن لم يكن له ولد لصلبه ولا ولد ولد وكان له ولد ولد ولد فالغلة له ولمن كان أسفل من البطون. والفرق بينه وبين الصلبي حيث لم يدخل مع الصلبي من هو أسفل أنه لما نزل إلى ثلاثة أبطن فقد صاروا مثل الفخذ والقبيلة كما لو قال لولد العباس بن عبد المطلب فهو لمن ينسب إلى العباس اهـ ملخصاً. قوله: (ولو أنثى) لأن لفظ الولد يعمهما كما قدمه آنفاً. قوله: (في الصحيح) وهو ظاهر الرواية، وبه أخذ هلال، لأن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم لا إلى أمهاتهم، بخلاف ولد الابن. درر. وقوله بخلاف ولد الابن أي فإنه يدخل فيه ولد بنته وقدمنا تحريره. قوله: (ولو زاد ولد ولدي فقط) أي مقتصراً على البطن الأول والثاني. قوله: (اقتصر عليهما) أي على البطنين. قال في الدرر: يشتركون في الغلة، ولا يقدم الصلبي على ولد الابن لأنه سوّى بينهما، أي حيث لم يذكر ما يدل على الترتيب، بخلاف ما إذا رتب كما يأتي.

ولو زاد البطن الثالث عم نسله، ويستوي الأقرب والأبعد إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب كما لو قال ابتداء على أولادي بلفظ الجمع أو على ولدي وأولاد

ثم قال في الدرر: ثم إذا انقرض الأولاد وأولادهم في الصورتين المذكورتين: أي صورة الاقتصار على البطن الأول وصورة زيادة الثاني صرفت الغلة إلى الفقراء لانقطاع الموقوف عليه اهـ: أي لأنه في الصورتين لا يدخل البطن الثالث حيث لم يذكر الولد بلفظ الجمع. قوله: (ولو زاد البطن الثالث) بأن قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي درر. قوله: (عم نسله) أي صرف إلى أولاده ما تناسلوا لا للفقراء ما بقي واحد من أولاده وإن سفل. درر. قوله: (ويستوي الأقرب والأبعد) أي يشترك جميع البطون في الغلة لعدم ما يدل على الترتيب، وعلله الخصاف بأنه لما سمى ثلاثة أبطن صاروا بمنزلة الفخذ وتكون الغلة لهم ما تناسلوا قال: ألا ترى أنه لو قال على ولد زيد وزيد قد مات وبيننا وبينه ثلاثة أبطن أو أكثر أن هؤلاء بمنزلة الفخذ والغلة لمن كان من ولد زيد وولد ولده ونسلهم أبداً. قوله: (إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب) بأن يقول الأقرب فالأقرب، أو يقول على ولدي ثم على ولد ولدي، أو يقول بطناً بعد بطن، فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف. درر. قوله: (كما لو قال الخ) مرتبط بقوله: «عم نسله» وعبارة الدرر كذا: أي صرف إلى أولاده ما تناسلوا لا الفقراء إذا قال على ولدي وأولاد أولادي، أو قال ابتداء على أولادي يستوي فيه الأقرب والأبعد إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب كما مر اهـ. قال محشيه عزمي زاده: قوله: «أو قال ابتداء الخ» هذا مخالف لما في الخانية: رجل وقف أرضاً على أولاده وجعل آخره للفقراء فمات بعضهم، قال هلال: يصرف الوقف إلى الباقي، فإن ماتوا يصرف إلى الفقراء لا إلى ولد الولد اهـ. وهو موافق لما في الخلاصة والبزازية وخزانة الفتاوى وخزانة المفتين والنتف.

مَطْلَبٌ: لَوْ قَالَ عَلَى أَوْلَادِي بِلَفْظِ الْجَمْعِ هَلْ يَدْخُلُ كُلُّ الْبُطُونِ

نعم قال في الاختيار شرح المختار: لو قال على أولادي يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد، ولكن يقدم البطن الأول، فإذا انقرض فالثاني ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم اهـ. وقد استفتي عن ذلك بعض العلماء من المولى أبي السعود وأدرج في سؤاله عبارة واقعة في بعض الكتب موافقة لما مر عن الاختيار. فأجاب عنه المولى المذكور بما حاصله: إن هذه المسألة قد خطأ فيها رضي الدين السرخسي في محيطه، واعتمد عليه صاحب الدرر اهـ. وما قاله حق مطابق للكتب المعتبرة كما تحققت وخلافه شاذ، ثم إن ما في الدرر غير موافق لذلك القول الشاذ أيضاً، لأن مؤدى كلامهم تقديم البطن الأول ثم البطن الثاني ثم الاشتراك بين الأقرب والأبعد، بخلاف ما يدل عليه كلام الدرر من استواء الأقرب والأبعد أولاً

أولادي؛ ولو قال على أولادي ولكن سماهم فمات أحدهم صرف نصيبه للفقراء؛ ولو على امرأته وأولاده ثم ماتت لم يختص ابنها بنصيبها إذا لم يشترط رد نصيب

وآخراً اهـ. ما في العزمية ملخصاً. وأفاد أن قول المفتي أبي السعود واعتمد عليه صاحب الدرر فيه نظر، لأن كلام الدرر غير موافق لكل من القولين، لكن جزم بمثله في فتح القدير والمقدسي في شرحه والأشباه في قاعدة الأصل الحقيقة؛ نعم ما في الخانية وغيرها ذكره الخصاف أيضاً.

مَطْلَبٌ: وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِمْ وَسَمَّاهُمْ

قوله: (ولكن سماهم) فقال على فلان وفلان وفلان وجعل آخره للفقراء. درر.

قلت: فلو كان أولاده أربعة وسمى منهم ثلاثة لم يدخل المسكوت عنه، فلو قال ثم على أولادهم لم يدخل أولاد المسكوت عنه لعود الضمير في أولادهم إلى المسمين، بخلاف ما إذا قال ثم على أولاد أولادي فإنهم يدخلون لأنه لم يضف إليهم، ويدل عليه ما في الإسعاف: لو قال على ولدي وأولادهم وأولاد أولادهم وله أولاد مات بعضهم قبل الوقف يكون على الأحياء وأولادهم فقط دون أولاد من مات قبل الوقف، لأن الوقف لا يصح إلا على الأحياء ومن سيحدث دون الأموات، وقد أعاد الضمير إلى أولاد الأحياء يوم الوقف دون غيرهم، ولو قال على ولدي وولد ولدي وأولادهم دخلوا لقوله وولد ولدي، فإن ولد من مات قبله ولد ولده اهـ ملخصاً.

فروع مهمة: قال على ولدي المخلوقين ونسلي فحدث له ولد لصلبه يدخل بقوله ونسلي، بخلاف ما إذا قال ونسلهم، فإن الحادث لا يدخل هو ولا أولاده، ولو قال على ولدي المخلوقين ونسلهم وكل ولد يحدث لي فإنه يدخل الحادث دون أولاده، ولو قال على ولدي المخلوقين ونسلهم ونسل من يحدث لي دخل أولاد الحادث دونه.

ولو قال على ولدي المخلوقين وعلى أولاد أولادهم ونسلهم يدخل أولاد أولاده[1] بقوله ونسلهم وإن تجاوزهم ببطن، بخلاف ما إذا قال على ولدي المخلوقين وعلى نسل أولادهم اهـ ملخصاً من الخصاف. قوله: (صرف نصيبه للفقراء) لأنه وقف على كل واحد منهم، بخلاف ما إذا وقف على أولاده ثم للفقراء: أي ولم يسم الأولاد فمات بعضهم فإنه يصرف إلى الباقي، لأنه وقف على الكل لا على كل واحد. أفاده في الدرر. قوله: (لم يختص ابنها) أي المتوفى من الوقف بل يكون نصيبها لجميع الأولاد. درر. لكن مقتضى ما قدمناه في بيان المنقطع أن يصرف نصيبها إلى الفقراء.

---

(١) في ط (قوله يدخل أولاده الخ) ويكون فيه إرجاع الضمير لغير القريب، قال شيخنا: ورأيت بعض المتقين خص القاعدة بالضمير المفرد، قال: وأما ضمير الجمع فيرجع للجميع، واستدل بهذا الفرع على ذلك.

من مات منهم إلى ولده، ولو قال على بني أو على إخوتي دخل الإناث على الأوجه، وعلى بناتي لا يدخل البنون، ولو قال على بني وله بنات فقط أو قال على بناتي وله بنون فالغلة للمساكين ويكون وقفاً منقطعاً، فإن حدث ما ذكر عاد إليه. ويدخل في قسمة الغلة من ولد لدون نصف حول منذ طلوع الغلة لا لأكثر إلا إذا ولدت مبانته أو أم ولده المعتقة لدون سنتين

تأمل. قوله: (دخل الإناث على الأوجه) لأن جمع الذكور عند الاختلاط يشمل الإناث كما سلف ط. قوله: (لا يدخل البنون) وكذا لا تدخل الخنثى في الصورتين[1] لأنا لا نعلم ما هو. هندية ط. قوله: (فالغلة للمساكين) ولا شيء للبنات أو البنين لعدم صدق كل منهما على مدلول الآخر. بحر ط. قوله: (ويكون وقفاً منقطعاً) أي منقطع الأول. قوله: (فإن حدث ما ذكر) أي بأن ولد له بنون في الأول أو بنات في الثاني عاد الوقف إليه: أي إلى الحادث.

مطلب في بيان طلوع الغلة الذي أنيط به الاستحقاق

قوله: (ويدخل في قسمة الغلة الخ) قال في الفتح: ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقاً في بطن أمه، حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق، ومن حدث إلى تمامها فصاعداً لا يستحق، لأنا نتيقن بوجود الأول في البطن عند خروج الغلة فيستحق، فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة، أما لو جاءت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لأنه متهم في الإقرار على الغير: أعني باقي المستحقين، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب. قوله: (منذ طلوع الغلة) قال في الفتح: وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حباً، وقال بعضهم: يوم يصير الزرع متقوماً، ذكره في الخانية. وهذا في الحب خاصة. وفي وقف الخصاف: يوم طلعت الثمرة، وينبغي أن يعتبر وقت أمنه العاهة كما في الحب، لأنه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده. وأما على طريقة ملاك من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة، فكل من كان مخلوقاً قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق يستحق هذا القسط، ومن لا فلا اهـ. قوله: (لدون سنتين) أي من

---

(1) قوله: (قوله: وكذا لا تدخل الخنثى في الصورتين) أي صورة الوقف على البنات ورضي عليهم أي الوقف على البنين لتحتمل الذكر والأنثى، هذا هو المراد بالصورتين كما صرح به ط. قال شيخنا: لا وجه لعدم دخوله في صورة الوقف على البنين لتناولها للذكر والأنثى لأنه لا يخرج عنهما، ثم قال شيخنا: [illegible] أن يراد بالصورتين الصورة التي تكلم عليها المحشي والتي بعدها أي ما لو وقف على بنيه وله بنات فقط أو بالعكس فلا تدخل الخنثى في هذه الصورة.

لثبوت نسبه بلا حل وطئها، فلو يحل فلا لاحتمال علوقه بعد طلوع الغلة، وتقسم بينهم بالسوية إن لم يرتب البطون، وإن قال للذكر كالأنثيين فكما قال، فلو وصية فرض ذكر مع الإناث وأنثى مع الذكور ويرجع سهمه للورثة لعدم صحة الوصية للمعدوم فلا بد من فرضه ليعلم ما يرجع للورثة، ولو قال على ولدي ونسلي أبداً وكلما مات واحد منهم كان نصيبه لنسله، فالغلة لجميع ولده ونسله حيهم وميتهم بالسوية، ونصيب الميت لولده أيضاً بالإرث عملاً بالشرطين

وقت الإبانة والعتق، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت وجود الغلة لحكم الشرع بوجود الحمل قبل الطلاق والعتق لحرمة الوطء في العدة فيكون موجوداً عند طلوع الغلة اهـ. قوله: (لثبوت نسبه بلا حل وطئها) هو معنى قولنا لحكم الشرع الخ وهو تعليل لقوله إلا إذا ولدت: أي يدخل في قسمة الغلة إذا ولدت مبانته الخ، والمراد دخوله في كل غلة خرجت في هذه المدة لتحقق وجوده عندها. قوله: (فلو يحل) أي وطؤها بأن كانت أم ولد غير معتقة أو زوجة أو معتدة رجعي. قوله: (فلا) أي لا يدخل إلا إذا ولدت لدون ستة أشهر من فوت الغلة ط. قوله: (وتقسم بينهم بالسوية) يغني عنه قوله سابقاً: «ويستوي الأقرب والأبعد الخ» ط.

مَطْلَبٌ: قَالَ لِلذَّكَرِ كَالأُنْثَيَيْنِ، وَلَمْ يُوجَدْ إِلَّا ذُكُورٌ فَقَطْ أَوْ إِنَاثٌ فَقَطْ

قوله: (وإن قال للذكر كالأنثيين الخ) فيه اختصار، وأصله ما في الإسعاف: ولو قال بطناً بعد بطن للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن جاءت الغلة والبطن الأعلى ذكور وإناث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ذكوراً فقط أو إناثاً فقط فبالسوية من غير أن يفرض ذكر مع الإناث أو أنثى مع الذكور، بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله لولد زيد بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وكانوا ذكوراً فقط أو إناثاً فقط، فإنه يفرض مع الذكور أنثى ومع الإناث ذكر ويقسم الثلث عليهم: فما أصابهم أخذوه، وما أصاب المضموم إليهم يرد إلى ورثة الموصي. والفرق أن ما يبطل من الثلث يرجع ميراثاً إلى ورثة الموصي، وما يبطل من الوقف لا يرجع ميراثاً وإنما يكون للبطن الثاني، وأنه لا حق له ما دام أحد من البطن الأعلى باقياً فعلم أن مراده بقوله للذكر مثل حظ الأنثيين إنما هو على تقدير الاختلاط لا مطلقاً، وعلى هذا أمور الناس ومعانيهم اهـ. قوله: (فرض ذكر) كذا في كثير من النسخ، وفي بعضها ذكراً بالنصب فيكون فرض مبنياً للفاعل. قوله: (فالغلة لجميع ولده الخ) لأنه لم يرتب بين البطون ولم يفضل بين الذكور والإناث. قوله: (ونصيب الميت لولده أيضاً) أي ما أصاب الميت يأخذه ولده منضماً إلى نصيبه لأنه استحقه من وجهين. إسعاف. وكذا يقال لو رتب بين البطون وشرط انتقال نصيب الميت لولده كما بسطه في الإسعاف. قوله: (بالإرث) الأولى حذفه والاقتصار على ما

ولو قال وكل من مات منهم من غير نسل كان نصيبه لمن فوقه ولم يكن فوقه

بعده لأنه ليس إرثاً حقيقة، ولذا لو كان ولد الميت ذكراً وأنثى استحقه سوية؛ نعم هو شبيه بالإرث من حيث انتقال نصيب الأصل إلى فرعه.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِيمَا لَوْ شَرَطَ عَوْدَ نَصِيبِ مَنْ مَاتَ لا عَنْ وَلَدٍ لأَعْلَى طَبَقَةٍ

قوله: (ولو قال الخ) أي في صورة الترتيب بين البطون طبقة بعد طبقة كما صوره الخصاف وتبعه في الإسعاف، وقوله: «أو سكت» معطوف على قوله: «لو قال».

والحاصل أنه إذا رتب بين البطون لا يعطى للبطن الثاني ما لم ينقرض الأول، إلا إذا شرط بعد ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده فيعطى لولده، وإن كان من البطن الثاني فإن سكت عن بيان نصيبه لا يعطي لولده بل يرجع لأصل الغلة فيقسم على جميع المستحقين، وكذا إذا بين نصيب من مات عن غير ولد بأن شرط عوده لأعلى طبقة أو لمن في درجته وطبقته أو لمن دونه اتبع شرطه، فإن لم يوجد ما شرطه عاد نصيب ذلك الميت لأصل الغلة فيقسم على الجميع لا على الفقراء لأنه شرط تقديم النسل عليهم فلا حق لهم ما بقي أحد من نسله، وكذلك لو سكت عن نصيب من مات فإنه يرجع إلى أصل الغلة.

قلت: وبهذا ظهر لك أنه لو شرط عود نصيب من مات عن غير ولد إلى من في درجته الأقرب فالأقرب منهم كما هو الغالب في الأوقاف ولم يوجد في الدرجة أحد يرجع نصيبه إلى أصل الغلة، لا إلى أعلى طبقة كما أفتى به كثيرون منهم الرملي، ولا إلى الأقرب من أي طبقة كانت كما أفتى به آخرون منهم الرملي أيضاً، لأنه إنما اشترط الدرجة واشترط الأقرب من أهل الدرجة، فإذا لم يوجد في الدرجة أحد لم يوجد شرطه فتلغو الأقربية أيضاً، وحيث لم يوجد الشرط يرجع نصيبه إلى أصل الغلة، إذ لا فرق بين قوله لأعلى طبقة، وقوله لمن في درجته، فمن أفتى بخلاف ذلك فقد خالف ما نص عليه الخصاف وتبعه في الإسعاف ولم يستند أحد منهم إلى نقل يعارض ذلك، فتعين الرجوع إلى المنصوص عليه كما أوضحت ذلك في تنقيح الحامدية بما لم أسبق إليه، ثم بعد أيام من تحرير هذا المقام ورد علي السؤال من طرابلس الشام مضمونه أنه وجد في درجة المتوفى أولاد عم وفي الدرجة التي تحتها أولاد أخت، وفيه فتاوى جماعة من أهل العصر تبعاً لما في الخيرية بانتقال نصيب المتوفى إلى أولاد الأخت لأنهم أقرب نسباً وإن كانوا أنزل درجة، وأفتيت بعوده لأولاد العم تبعاً لما في الحامدية، ولما نقله فيها عن البهنسي شارح الملتقى، لأن الواقف إنما اشترط عود النصيب للأقرب من أهل درجة المتوفى لا إلى مطلق أقرب، وأوضحت ذلك غاية الإيضاح في رسالة سميتها [غاية المطالب في شرط الواقف عود النصيب إلى أهل درجة

أحد، أو سكت عنه يكون راجعاً لأصل الغلة لا للفقراء ما دام نسله باقياً. ويشمل اسم الولد وولده أبداً ولو أنثى. والعقب للولد وولده من الذكور أي دون الإناث، إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور. وآله وجنسه وأهل بيته كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام، وهو الذي أدرك الإسلام أسلم أو لا. وقرابته وأرحامه وأنسابه كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبويه سوى أبويه وولده لصلبه فإنهم لا يسمون قرابة اتفاقاً. وكذا من علا منهم أو سفل عندهما، خلافاً لمحمد فعدهم منها.

ثمة وفي الأقرب فالأقرب) وبينت فيها ما وقع في حواشي الرملي من الأوهام. قوله: (ولو أنثى) ذكر هلال روايتين في دخول أولاد البنات في النسل، وكذا في الخانية وصاحب الذخيرة، ورجح كلا مرجحون كما يفيده كلام العلامة عبد البر اهـ ط. قوله: (والعقب للولد وولده من الذكور) أي أبداً ما تناسلوا، فكل من يرجع نسبه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه. إسعاف.

مطلب في النسل والعقب والآل والجنس وأهل البيت والقرابة والأرحام والأنساب

قوله: (كل من يناسبه) أي يلاقيه. إسعاف. وهي مفاعلة من النسب، أي من يلاقيه في نسبه بمحض الآباء إلى أقصى أب في الإسلام وهو الذي أدرك الإسلام أسلم أو لم يسلم، فكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته كما في الإسعاف، وكذا من آله وجنسه. والمراد من كان موجوداً منهم حال الوقف أو حدث بعده لأقل من ستة أشهر من مجيء الغلة كما في الفتح. وقيل يشترط إسلام الأب الأعلى، ففي العلوي أقصى أب له أدرك الإسلام هو أبو طالب، فيدخل أولاده عقيل وجعفر وعلي، أما على القول الآخر لا يدخل إلا أولاد علي لأنه أول أب أسلم كما في التاترخانية. قوله: (من قبل أبويه) أي من جهة أي واحد منهما. قوله: (خلافاً لمحمد فعدهم منها) أي عد محمد من القرابة من علا من جهة أبويه ومن سفل من جهة ولده، ويوجد هنا التصحيح ضمنه مع أنه في الإسعاف قال: وهو ظاهر الرواية عنهما، وروى عنهما أنهم لا يدخلون.

مطلب: يعتبر في لفظ القرابة المحرمية والأقرب فالأقرب

وفيه: ويدخل فيه المحارم وغيرهم من أولاد الإناث وإن بعدوا عندهما. وعند أبي حنيفة تعتبر المحرمية والأقرب فالأقرب للاستحقاق اهـ.

وإن قيده بفقرائهم يعتبر الفقر وقت وجود الغلة وهو المجوز لأخذ الزكاة، فلو تأخر صرفها سنين لعارض فافتقر الغني واستغنى الفقير شارك المفتقر وقت

قلت: وقول الإمام هو الصحيح كما في القهستاني وغيره، وعليه المتون في كتاب الوصايا، ومحل الخلاف إذا لم يقل الأقرب فالأقرب، لأنهم قالوا: لو قال على أقاربي أو قراباتي أو أرحامي أو أنسابي لا يكون لأقل من اثنين عند أبي حنيفة، وعندهما يطلق على الواحد أيضاً. قال في شرح درر البحار وشرح المجمع الملكي عن الحقائق: إذ ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لا يعتبر الجمع اتفاقاً، لأن الأقرب اسم فرد خرج تفسيراً للأول، ويدخل فيه المحرم وغيره، ولكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اهـ. ونحوه في الذخيرة. قوله: (وإن قيده بفقرائهم) أما لو قال من افتقر منهم، قال محمد: تكون لمن كان غنياً منهم ثم افتقر ونعيا اشتراط تقدم الغنى، ولو قال: من احتاج منهم فهي لكل من يكون محتاجاً وقت وجود الغلة، سواء كان غنياً ثم احتاج أو كان محتاجاً من الأصل ومثله المسكين والفقير. إسعاف. قوله: (وهو المجوز لأخذ الزكاة) أي الفقر هنا المجوز الخ، لكن ذكر في الإسعاف بعده أنه لو كان ولد غني تجب نفقته عليه لا يدخل في الوقف، بل قدمنا في الفروع عند قوله: لو وقف على فقراء قرابته أنه لا بد أن لا يكون له أحد تجب نفقته عليه، لأنه بالإنفاق عليه يعد غنياً في باب الوقف. وذكر في الإسعاف أن الأصل أن الصغير يعد غنياً بغنى أبويه وجديه فقط، والرجل والمرأة بغنى فروعهما وزوجها فقط. وهذا مذهب أصحابنا. قال الخصاف: والصواب عندي إعطاؤهم وإن كان تفرض نفقتهم على غيرهم، ورده هلال، وتمامه فيه. قوله: (فلو تأخر صرفها سنين الخ) لو وقف على أولاده فاستحقاق الغلة يعتبر يوم حدوث الغلة على قول عامة المشايخ لا يوم الوقف، فالموجود منهم يوم الوقف والمولود بعده سواء إذا كان موجوداً يوم حدوث الغلة، وكذا لو وقف على فقراء قرابته، فمن كان فقيراً يوم حدوث الغلة يعطى له ولو استغنى بعده أو كان غنياً قبله اهـ.

وفي التاترخانية: المستحق للغلة من كان فقيراً يوم تجيء الغلة عند هلال، وبه نأخذ. وفي الخانية: وعليه الفتوى. ثم ذكر بعده أن الخصاف يعتبر يوم القسمة لا يوم طلوع الغلة. وقال في الفتح: وفي وقف الخصاف لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيراً يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيراً يوم الغلة ثم استغنى اهـ. وبهذا ظهر لك أن قوله: شارك المفتقر وقت القسمة الخ لا يمشي على قول هلال ولا على قول الخصاف، لأنه يقتضي أن من كان غنياً وقت الغلة ثم افتقر وقت القسمة يستحق مع من كان غنياً وقت القسمة فقيراً وقت الغلة، واستحقاق الأول ظاهر على قول الخصاف والثاني على قول هلال،

القسمة الفقير وقت وجود الغلة، لأن الصلات إنما تملك حقيقة بالقبض وطرو الغنى والموت لا يبطل ما استحقه، وأما من ولد منهم لدون نصف حول بعد مجيء الغلة فلا حظ له لعدم احتياجه فكان بمنزلة الغني، وقيل يستحق لأن الفقير من لا شيء له والحمل لا شيء له، ولو قيده بصلحائهم أو بالأقرب فالأقرب

فالظاهر أن الصواب أن يقال: «لا يشارك» بلا النافية فيكون كل من المسألتين على قول هلال المفتى به، ويدل عليه قوله: «فلو تأخر الخ» فإنه مفرع على قوله قبله «يعتبر الفقر وقت وجود الغلة». قوله: (لأن الصلات الخ) بكسر الصاد جمع صلة، وهو تعليل لما فهم من اختصاص الاستحقاق بمن كان فقيراً وقت وجود الغلة بناء على ما قلنا من أن الصواب لا يشارك بلا النافية، وهذا مؤيد له أيضاً. وبيان التعليل حينئذ أن من كان فقيراً وقت الغلة في هذه السنين يستحق غلة كل سنة ولا يصير غنياً بما يستحقه لأنه صلة لا تملك إلا بالقبض، فإذا جاء يوم القسمة وكان غنياً يأخذ ما استحقه في السنين الماضية بصفة الفقر، لأن طرو الغنى لا يبطل ذلك؛ كما لو مات بعد طلوع الغلة فإن نصيبه منها لا يبطل بالموت بل يصير ميراثاً لورثته. قوله: (فلا حظ له) أي من هذه الغلة التي خرجت وهو حمل في بطن أمه. قوله: (لعدم احتياجه) لأن الفقير هو المحتاج والحمل غير محتاج، بخلاف الوقف على أولاده فإنه يدخل الحمل لتعلق الاستحقاق بالنسب وهنا بالفقر. قوله: (وقيل يستحق) هذا قول الخصاف، والأول قول هلال.

مطلب: تفسير في الصالح

قوله: (ولو قيده بصلحائهم) الصالح: من كان مستوراً ولم يكن مهتوكاً، ولا صاحب ريبة، وكان مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى، قليل الشر، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال، ولا قذافاً للمحصنات، ولا معروفاً بالكذب، فهذا هو الصلاح عندنا، ومثله أهل العفاف والخير والفضل، ومن كان أمره على خلاف ما ذكرنا فليس هو من أهل الصلاح ولا العفاف. إسعاف.

مطلب: المراد بالأقرب فالأقرب

قوله: (أو بالأقرب فالأقرب) المراد بالأقرب: أقرب الناس رحماً لا الإرث والعصوبة كما في الخيرية. وذكر في أنفع الوسائل أن أبا يوسف لم يعتبر لفظ أقرب في التقديم بل سوى بينه وبين الأبعد، ثم قال: وبالجملة إنه ضعيف لأنه يلزم منه إلغاء صيغة أفعل بلا دليل وإلغاء مقصود الواقف من تقديم الأقرب اهـ. فالمعتمد اعتبار الأقربية وهو المشهور، وبه أفتى في الخيرية. لكن أفتى في موضع آخر بخلافه حيث

أو فالأحوج وبمن جاوره منهم أو بمن سكن مصر تقيد الاستحقاق به عملاً

شارك جميع أهل الدرجة في وقف اشترط فيه تقديم الأقرب من أهل الدرجة، والظاهر أنه ذهول منه عن هذا الشرط وإلا فهو ضعيف كما علمت. وفي الإسعاف: لو قال على أقرب الناس مني أو إليّ ثم على المساكين وله ولد وأبوان فهي للولد ولو أنثى؛ لأنه أقرب إليه من أبويه، ثم تكون للمساكين دون أبويه؛ لأنه لم يقل للأقرب فالأقرب، ولو له أبوان فهي بينهما نصفين، ولو له أم وإخوة فللأم، وكذا لو له أم وجدة لأب، ولو له جد لأب وإخوة فللجد على قول من يجعله بمنزلة الأب وعلى القول الآخر للإخوة، لأن من ارتكض معه في رحم أو خرج معه من صلب أقرب إليه ممن بينه وبينه حائل، ولو له أب وابن ابن فللأب لأنه أقرب من النافلة، ولو له بنت بنت وابن ابن ابن فلبنت البنت لأن الوقف ليس من قبيل الإرث، ولو قال على أقرب قرابة مني وله أبوان وولد لا يدخل واحد منهم في الوقف إذ لا يقال لهم قرابة. ولو قال على أقاربي على أن يبدأ بأقربهم إليّ نسباً أو رحماً ثم من يليه وله أخوان أو أختان يبدأ بمن لأبويه ثم بمن لأب؛ ولو كان أحدهما لأب والآخر لأم يبدأ بمن لأبيه عنده وقالا: هما سواء، والخال أو الخالة لأبوين أولى من العم لأم أو لأب كعكسه، والعم أو العمة لأبوين مقدم على الخال أو الخالة عند أبي حنيفة، وعلى القول الآخر هما سواء؛ ومن لأب منهما أولى ممن لأم عنده، وعندهما سواء؛ وحكم الفروع إذا اجتمعوا متفرقين كحكم الأصول. وعندهما قرابته من جهة أبيه أو من جهة أمه سواء ذكوراً كانوا أو إناثاً أو مختلطين، ويقدم الأقرب فالأقرب منهم عملاً بشرط الواقف اهـ ملخصاً، وتمامه فيه.

تنبيه: قد علم مما ذكرناه أن لفظ الأقرب لا يختص بالقرابة ما لم يقيد بها بأن يقول الأقرب من قرابتي، أما لو قال على أقرب الناس مني يشمل القرابة وغيرها، ولذا يدخل فيه الأبوان مع أنهما ليسا من القرابة. وعلى هذا فلو قال على أن من مات عن غير ولد عاد نصيبه إلى من في درجته، يقدم الأقرب فالأقرب في ذلك، ووجد في درجته أولاد عم وفي الدرجة التي تحتها ابن أخت يصرف إلى أولاد عمه دون ابن أخته، خلافاً لما أفتى به في الخيرية حيث صرفه لابن الأخت لكونها أقرب، وكون أولاد العم ليسوا رحماً محرماً، ولا يخفى أنه خطأ، لأن الأقرب لا يختص بذي الرحم المحرم لأنه أعم من القرابة كما علمت، وانظر ما قدمناه قبل ورقة عن المحقق بقهر تلك الحيل. قوله: (أو فالأحوج) قال الحسن: في رجل أوصى بثلثه للأحوج فالأحوج من قرابته وكان فيهم من يملك مائة درهم مثلاً، ومن يملك أقل منها يعطى ذو الأقل إلى أن يصير معه مائة درهم، ثم يقسم الباقي بينهم جميعاً بالسوية. قال الخصاف: والوقف عندي بمنزلة الوصية. إسعاف. قوله: (أو بمن جاوره) لو قال على فقراء جيراني فهي عنده للفقير

بشرطه، وتمامه في الإسعاف. ومن أحوجه حوادث زمانه إلى ما خفي من مسائل الأوقاف فلينظر إلى كتاب [الإسعاف المخصوص بأحكام الأوقاف، الملخص من كتاب هلال والخصاف] كذا في البرهان شرح مواهب الرحمن للشيخ إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي الحنفي نزيل القاهرة بعد دمشق، المتوفى في أوائل القرن العاشر سنة اثنين وعشرين وتسعمائة، وهو أيضاً صاحب الإسعاف، والله أعلم.

(قول الأشباه) اختلاف الشاهدين مانع إلا في إحدى وأربعين. قال في زواهر الجواهر حاشيتها للشيخ صالح ابن المصنف: قد ذكر في الشرح المحال عليه مسائل لا يضرّ فيها اختلاف الشاهدين. وأنا أذكرها سرداً فأقول:

(الأولى) شهد أحدهما أن عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقرّ بألف درهم

الملاصقة داره لداره الساكن هو فيها لتخصيصه الجار بالملاصق فيما لو أوصى لجيرانه بثلث ماله والوقف مثلها، وبه قال زفر، ويكون لجميع السكان في الدور الملاصقة له لأحرار والعبيد والذكور والإناث والمسلمون وأهل الذمة سواء، وبعد الأبواب وقربها سواء، ولا يعطي القيم بعضاً دون بعض بل يقسمها على عدد رؤوسهم وعندهما: تكون للجيران الذين يجمعهم محلة واحدة، وتمام الكلام على ذلك في الإسعاف. قوله: (ومن أحوجه حوادث زمانه) من هنا إلى كتاب البيوع ساقط من بعض النسخ، والظاهر سقوطه من نسخة الأصل خصوصاً المسائل الآتية فإنها لا ارتباط لها بكتاب الوقف. والظاهر أن الشارح لما انتهى إلى هنا بقي معه بياض ورق هو آخر الجزء، فكتب فيه هذه المسائل لا على أنها من الكتاب فألحقها الناسخ به، ويدل على ذلك أن الشارح في كتاب الدعوى ذكر عدة مسائل التي لا يحلف فيها المنكر، ثم قال: ولولا خشية التطويل لسردتها، وذكر نحوه قبل كتاب الدعوى، وإلا كان الأولى أن يقول قدمتها في محل كذا، لكن قوله في الآخرة فاغتنم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب، يقتضي أن مراده جعلها منه، إلا أن تكون هذه العبارة من جملة ما نقله عن زواهر الجواهر لا من كلامه، والله سبحانه أعلم. قوله: (قول الأشباه) أي صاحبها ط.

مطلب: ذكر مسائل استطرادية خارجة عن كتاب الوقف

قوله: (إلا في إحدى وأربعين) عبارة الأشباه: وقد ذكرت في الشرح أن المستثنى اثنان وأربعون مسألة وبينتها مفصلة، وكذا قال الشارح في كتاب الشهادات إلا في اثنين وأربعين، وزاد ابن المصنف ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل. قوله: (في الشرح المحال عليه) يعني البحر. قوله: (وشهد الآخر أنه أقرّ بألف درهم تقبل) هو قول أبي

تقبل. (الثانية) ادعى كر حنطة جيدة شهد أحدهما بالجودة والآخر بالردية تقبل بالردية ويقضى بالأقل. (الثالثة) ادعى مائة دينار فقال أحدهما: نيسابورية والآخر: بخارية، والمدعي يدعي نيسابورية وهي أجود يقضي بالبخارية بلا خلاف. (الرابعة) لو اختلفا في الهبة والعطية. (الخامسة) لو اختلفا في لفظ النكاح والتزويج (السادسة) شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث. (السابعة) ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما به والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل. (الثامنة) شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل. (التاسعة) ادعى ألفاً مطلقاً فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل. (العاشرة) ادعى الإبراء فشهد

يوسف، ووجهه الصدر. وقالا: لا تقبل، ومثلها كما في خزانة الأكمل: إذا شهد أحدهما بالطلاق والآخر بإقراره به؛ وزاد في الولوالجية: ما لو شهد أحدهما على قرض مائة درهم والآخر على الإقرار بذلك ط. قوله: (بالردية) الأنسب بالرداءة ا ه ح. قوله: (يقضي بالبخارية بلا خلاف) ومثله لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعي يدعي الأفضل تقبل على الأقل؛ ووجهه في المسائل الثلاث أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف، ولو كان المدعي يدعي الأقل لا تقبل إلا إن وفق بالإبراء. وتمامه في فتح القدير. بحر. قوله: (الرابعة الخ) ذكر في البحر أنه لا يشترط في الموافقة لفظاً أن يكون بعين ذلك، بل إما بعينه أو مرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل اه. وحينئذ لا وجه للاستثناء، لكن قال في البحر بعد ذلك: وقد خرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإذا أمكن رجوعها إليه في الحقيقة، وحينئذ فالاستثناء مبني على ظاهر قول الإمام لا على ما هو التحقيق في المقام. حموي. قوله: (الخامسة الخ) فيها ما تقدم في التي قبلها. حموي. قوله: (تقبل على الثلث) وهكذا الحكم لو شهد أحدهما بالكل والآخر بالنصف فإنه يقضى بالنصف المتفق عليه. حموي. ومحله ما إذا كان المدعي يدعي الأكثر، ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق، أو ينكرهما وأقيمت البينة بهما وكر ط. قوله: (السابعة ادعى الخ) لأن في البيع يتحد الإنشاء ولفظ الإقرار جامع الفصولين. وفي البحر: لا خصوصية لبيع الوفاء ولا للبيع، بل كل قول كذلك، بخلاف الفعل والنكاح من الفعل. قوله: (أنها كانت له تقبل) لأن الأصل بقاء ما كان على ما عليه كان ط. قوله: (ادعى ألفاً مطلقاً) أي غير مقيد بقرض ولا وديعة. قال في البحر: وإن ادعى أحد السببين لا تقبل، لأنه أكذب شاهده، كذا في البزازية. قوله: (فشهد أحدهما على إقراره بألف

أحدهما به والآخر أنه هبة أو تصدق عليه أو حلله جاز. (الحادية عشرة) ادعى الهبة فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز. (الثانية عشرة) ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالإبراء جاز وثبت الإبراء. (الثالثة عشرة) شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد والآخر على إقراره بأنه أودع منه هذا العبد تقبل. (الرابعة عشرة) شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلاناً أودع منه هذا العبد يقضي للمدعي. (الخامسة عشرة) شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل. (السادسة عشرة) شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له وقال الآخر

قرض الخ) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف قرض والآخر بألف وديعة فإنها لا تقبل. بحر عن البزازية.

قلت: ولعل وجهه أن القرض فعل والإيداع فعل آخر، بخلاف الشهادة على الإقرار بالقرض والإقرار بالوديعة، فإن الإقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد، والمقر به وإن كان جنسين. لكن الوديعة مضمونة عند الإنكار، والشهادة إنما قامت بعد الإنكار، فكانت شهادة كل منهما قائمة على إقراره بما يوجب الضمان. تأمل. ثم رأيت في البزازية علل بقوله لاتفاقهما على أنه وصل إليه منه الألف وقد جحد فصار ضامناً. قوله: (والآخر أنه هبة) الذي في البحر أنه وهبه. قوله: (جاز) لأن هبة الدين من المديون والتصدق به عليه، وتحليله منه إبراء له ط. بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لا تقبل. بحر عن البزازية. تأمل. قوله: (ادعى الهبة) أي أن الدائن وهبه الدين. والوجه فيها ما ذكر في سابقتها ط. قوله: (وثبت الإبراء) لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على الأصيل. بزازية: أي لأن إبراء الطالب للكفيل لا يوجب رجوع الكفيل على الأصيل، بخلاف هبة الطالب الكفيل. فافهم. قوله: (شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه) صورتها: ادعى رجل عبداً في يد رجل فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعي بما ذكر فإنها تقبل، ومثله يقال في الصورة الآتية ط. ووجه القبول اتفاق الشاهدين على الإقرار بالأخذ، لكن بحكم الوديعة أو الأخذ مضمون. بزازية. قوله: (الخامسة عشرة شهد أحدهما أنها ولدت منه الخ) الظاهر أن صورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل، فإن الولادة يلزمها الحبل، فقد اتفق الشاهدان عليه، ولا يصح تصويرها بالتعليق على الحبل[1] فإن الحبلى قد لا تلد لموت أو موت الولد في بطنها. فافهم. قوله: (السادسة عشرة شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له) هذه الصورة ذكرت في بعض

---

(١) قوله: (ولا يصح تصويرها بالتعليق على الحبل) هو عين ما قبله، إذ لا يقال: الظاهر أن صورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل، فلعل صوابه في الثاني: إبدال الحبل بالولادة.

أنه سكن فيها تقبل. (السابعة عشرة) شهد أحدهما أنه أقرّ أن الدار له والآخر أنه سكن فيها تقبل. (الثامنة عشرة) أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على إذنه في الثياب والآخر في الطعام يقبل. (التاسعة عشرة) اختلف شاهدا الإقرار بالمال في كونه أقر بالعربية أو بالفارسية تقبل، بخلافه في الطلاق. (العشرون) شهد أحدهما أنه قال لعبده أنت حرّ والآخر أنه قال إزادي تقبل. (الحادية والعشرون) قال لامرأته إن كلمت فلاناً فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت. (الثانية والعشرون) إن طلقتك فعبدي حر فقال أحدهما طلقها اليوم والآخر أنها طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق. (الثالثة والعشرون) شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثاً البتة والآخر أنه طلقها اثنتين ألبتة يقضي بطلقتين ويملك الرجعة. (الرابعة

النسخ مرتين السادسة عشرة والسابعة عشرة، فالمناسب ما في بعض النسخ موافقاً لما في البحر: السادسة عشرة شهد أحدهما أنها ولدت منه ذكراً والآخر أنثى تقبل، ولكنها متحدة مع الخامسة عشرة في التصوير، ولهذا عطفها عليها في البزازية بأو، فالمناسب أن يذكر بدلها ما في البزازية من الأقضية: شهد أحدهما أنه أقرّ أنه غصب من فلان كذا، والآخر أنه أقر بأنه أخذه منه تقبل اهـ. قوله: (أنه أقر) أي أن المدعى عليه أقر أن الدار له أي للمدعي. قوله: (والآخر أنه سكن فيها) أي أن المدعي سكن فيها فهي شهادة بثبوت يد المدعي عليها، والأصل في اليد الملك فقد وافقت الأولى. تأمل. قوله: (والآخر في الطعام يقبل) لأن الإذن في نوع يعم الأنواع كلها، لأنه لا يتخصص بنوع كما ذكروه في المأذون ط. قوله: (بخلافه في الطلاق) قال في الأشباه: والأصح القبول فيهما. قوله: (إزادي) كلمة فارسية بمعنى حر، قاله ط. وفي بعض النسخ زيادة لام بين الدال والياء. قوله: (طلقت) لأن الكلام يتكرر فيمكن أنها كلمته في الوقتين. قوله: (والآخر أنه طلقها أمس) أي في اليوم الذي قبل يوم الشهادة لا قبل يوم التعليق، لأن المعلق عليه طلاق مستقبل. قوله: (يقضي بطلقتين ويملك الرجعة) لأنه لا يحتاج إلى قوله البتة في ثلاث. بحر عن العيون لأبي الليث، وبيانه أن الثلاث طلاق بائن، فقوله البتة لغو، فكأنه لم يذكره وانفرد بذكره الشاهد الثاني فصار الاختلاف بين الشاهدين في عدد الطلاق، واتفقا على الثنتين فيقضي بهما وتلغو الثالثة لانفراد أحدهما بها، كما لغا لفظ البتة لذلك، فلذا كان الطلاق رجعياً، فافهم؛ لكن الظاهر أن قبول الشهادة هنا مبني على قول محمد، لأنه في البزازية عزاه إليه. وعند أبي حنيفة لا تقبل أصلاً، لما في البحر عن الكافي شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده. وعندهما تقبل على ألف إذا كان المدعي يدعي ألفين، وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث، ثم ذكر في

والعشرون) شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية والآخر بالفارسية تقبل. (الخامسة والعشرون) اختلفا في مقدار المهر يقضى بالأقل. (السادسة والعشرون) شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان في دار سماه وشهد الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفي شيء آخر تقبل في دار اجتمعا عليه. (السابعة والعشرون) شهد أحدهما أنه وقفه في صحته والآخر بأنه وقفه في مرضه قبلا. (الثامنة والعشرون) لو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وآخر يوم الجمعة جازت. (التاسعة والعشرون) ادعى مالاً فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال تقبل. (الثلاثون)

البحر بعد ورقة مستدركاً على ما في البزازية أن ما في الكافي هو المذهب. قوله: (شهد أحدهما أنه عتق بالعربية الخ) هذا لفظ الشاهد، ولم يذكر أنه قال أنت حر ولم يذكر الآخر أنه قال أنت آزاد فلا تكون مكررة مع العشرين ط. تأمل. قوله: (اختلفا في مقدار المهر يقضى بالأقل) كذا في البزازية. وفي جامع الفصولين شهد ببيع أو إجارة أو طلاق أو عتق على مال واختلفا في قدر البدل لا تقبل، إلا في النكاح تقبل ويرجع في المهر إلى مهر المثل. وقالا: لا تقبل في النكاح أيضاً اهـ بحر.

قلت: الظاهر أن هذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه، وما ذكره الشارح فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا في قدر المهر، ووجه عدم القبول في البيع ونحوه أن العقد بألف مثلاً غير العقد بألفين وكذا النكاح على قولهما، وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود، ولذا صح بدون ذكره، بخلاف البيع ونحوه، وينبغي أن يكون ما ذكره الشارح على الخلاف المار آنفاً عن الكافي. قوله. (تقبل في دار اجتمعا عليه) أي فيما اتفق عليه الشاهدان من الخصومة في دار كذا دون ما زاده الآخر. قال في جامع الفصولين: إذ الوكالة تقبل التخصيص، وفيما اتفقا عليه تثبت الوكالة لا فيما تفرد به أحدهما، فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها وللآخر بوكالة عامة ينبغي أن تثبت المعينة اهـ. قوله: (قبلا) إذ شهدا بوقف بات، لأن حكم المرض ينتقض فيما لا يخرج من الثلث، وبهذا لا تمتنع الشهادة. بحر عن جامع الفصولين. قال في الإسعاف: ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفاً وإلا فبحسابه، ولو قال أحدهما وقفها في صحته وقال الآخر جعلها وقفاً بعد وفاته لم تقبل وإن خرجت من الثلث، لأن الثاني شهد بأنها وصية، وهما مختلفان اهـ. قوله: (ادعى مالاً فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال) سقط منه شيء يوجد في بعض النسخ، وهو: وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل، وهذه المسألة نقلها في البحر عن القنية، لكن عبارة القنية: فشهد أحدهما أن المحتال عليه احتال عن غريمه بهذا المال الخ.

شهد أحدهما أنه باعه كذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل تقبل. (الحادية والثلاثون) شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار يقبل فيهما. (الثانية والثلاثون) شهد واحد أنه وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة وآخر عند قاضي البصرة جازت شهادتهما. (الثالثة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بالقبض والآخر أنه جراه تقبل. (الرابعة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبض والآخر أنه سلطه على قبضه تقبل. (الخامسة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى عليه بقبضه في حياته تقبل. (السادسة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل. (السابعة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بطلبه تقبل. (الثامنة والثلاثون) شهد أحدهما أنه

قال ط: اعلم أن الغريم يطلق على الدائن وهو المراد بالأول، وعلى المديون وهو المراد بالثاني. وصورته: ادعى زيد على عمرو مالاً فأقام زيد شاهدين شهد أحدهما أن عمراً أحال عليه: يعني أن دائنه أحال زيداً عليه بما له عليه من الدين وشهد الثاني أن عمراً كفل عن مديون زيد بهذا المال.

وحاصله أن المال على عمرو غير أن أحد الشاهدين شهد أن المال لزمه بطريق الإحالة عليه والآخر شهد أن المال لزمه بطريق الكفالة، والله تعالى أعلم بالصواب. وسيأتي هذه الصورة في كلام الشيخ صالح، إلا أنه قال: يقضي بالكفالة لأنها الأقل اهـ. لكن هذا التصوير لا يوافق عبارة الشارح، والموافق لها ما لو كان لزيد على عمرو ألف مثلاً فأحال عمرو زيداً بالألف على بكر ودفعها بكر ثم ادعى بها بكر على عمرو فشهد أحد الشاهدين بما ذكر وشهد الآخر أن بكراً كفل عمراً بإذنه وأنه دفع الألف لزيد، وعلى هذا فغريمه في كلام الشارح بالرفع فاعل أحال، والمراد به عمرو المديون لأنه المحيل لزيد على بكر، وهذا معنى قول القنية: إن المحتال عليه احتال عن غريمه: أي أن بكراً قبل الحوالة عن غريمه عمرو. قوله: (شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار) أي والآخر بلا شرط كما يوجد في بعض النسخ. قوله: (يقبل فيهما) أي في هذه المسألة والتي قبلها، لكن في التي قبلها صرح بقوله تقبل فلا حاجة إلى قوله فيهما، والمراد أنه يثبت البيع وإن لم يثبت الأجل والشرط. قوله: (جازت شهادتهما) أي على أصل الوكالة بالخصومة. قوله: (والآخر أنه جراه) في باب الألف المقصورة من الصحاح: الجري الوكيل والرسول اهـ. وعلل القبول في شرح أدب القاضي للخصاف بقوله: لأن الجراية والوكالة سواء، والجري والوكيل سواء، فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وأنه لا يمنع. قوله: (والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل) لأن الوصاية في الحياة وكالة، كما أن الوكالة بعد الموت وصاية

وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه تقبل. (التاسعة والثلاثون) اختلفا في زمن إقراره في الوقف تقبل. (الأربعون) اختلفا في مكان إقراره به تقبل. (الحادية والأربعون) اختلفا في وقفه في صحته أو في مرضه تقبل. (الثانية والأربعون) شهد أحدهما بوقفه على زيد والآخر بوقفه على عمرو تقبل وتكون وقفاً على الفقراء انتهى.

قلت: وزدت بفضل الله على ما ذكره المصنف مسائل.

منها: لو اختلفا في تاريخ الرهن، بأن شهد أحدهما أنه رهن يوم الخميس والآخر أنه رهن يوم الجمعة تسمع عندهما، خلافاً لمحمد. جواهر الفتاوى.

كما صرحوا [(١)]، فالمراد بالوصاية هنا الوكالة حقيقة لتقييدها بقوله في حياته، فافهم.

قوله: (التاسعة والثلاثون الخ) قال في جامع الفصولين: لو اختلف الشاهدان في زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار بأن شهد أحدهما على إنشاء والآخر على إقرار، فلو كان هذا الاختلاف في فعل حقيقة وحكماً: يعني في تصرف فعلي كجناية وغصب، أو في قول ملحق بالفعل كنكاح لتضمنه فعلاً وهو إحضار الشهود يمنع قبول الشهادة، وإن كان الاختلاف في قول محض كبيع وطلاق وإقرار وإبراء وتحرير، أو في فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع القبول وإن كان القرض لا يتم إلا بالفعل وهو التسليم، لأن ذلك محمول على قول المقرض أقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع اهـ.

قلت: ووجهه أن القول إذا تكرر فمدلوله واحد فلم يختلف بخلاف الفعل، وإطلاق الإقرار يفيد أن الوقف غير قيد. قوله: (الحادية والأربعون) مكررة مع السابعة والعشرين ح. قوله: (وتكون وقفاً على الفقراء) لاتفاق الشاهدين على الوقف وهو صدقة. قوله: (قلت) من كلام الشيخ صالح وما قبله من الشرح المحال عليه وهو البحر. قوله: (منها لو اختلفا في تاريخ الرهن) في جامع الفصولين: الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقة يبطلها الاختلاف في زمان ومكان إلا عند محمد اهـ. ونقل الخلاف هنا على العكس كما ترى، ثم قال في جامع الفصولين: ولو شهدا برهن واختلفا في زمانه أو مكانه وهما يشهدان على معاينة القبض تقبل شراء وهبة وصدقة، لأن القبض قد يكون غير مرة اهـ. فعلم أن الاختلاف في الشهادة على مجرد العقد.

---

(١) في ط (قال في الوهبانية):

حوالة إبراء ضمان وصية	وكالة نقل الرهان المحرر
طلاق شراء بيع القرض نهين	اختلاف المكان الوقت ليس يؤثر
وفي الغصب والقتل النكاح جناية	إذا اختلفا في واحد لا يغفر

ومنها: لو اتفق الشاهدان على الإقرار من واحد بمال واختلفا، فقال أحدهما كنا جميعاً في مكان كذا، وقال الآخر كنا في مكان كذا تقبل.

ومنها: لو قال أحدهما والمسألة بحالها كان ذلك بالغداة، وقال الآخر كان ذلك بالعشي تقبل، وهما في الولوالجية.

ومنها: شهدا على رجل أنه طلق امرأته، وأحدهما يقول إنه عين منكوحته بنت فلان، والآخر يقول ما عينها إني أعلم، وأشهد أن المرأة التي كانت له سوى ابنة فلان قد طلقها وأخرجها من داره قبل هذا التطليق. قال فخر الدين: إذا شهدا على الطلاق إلا أنه عين أحدهما المرأة وذكرها باسمها ولم يعين الآخر التي هي في نكاحه وليس في نكاحه غير امرأة واحدة تصح الشهادة، وهي في جواهر الفتاوى.

ومنها: ادعى ملك داره، فشهد له أحدهما أنها له أو قال ملكه، وشهد الآخر أنها كانت ملكه تقبل. منية المفتي.

ومنها: ادعى ألفين أو ألفاً وخمسمائة، فشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسمائة، قضى له بالألف إجماعاً. منية.

قوله: (ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار الخ) هذه من اختلاف الشهادة على الإقرار في المكان والتي بعدها في الزمان، وهما مكررتان مع التاسعة والثلاثين والأربعين، لأنهما وإن كانتا في الإقرار بالوقف وهاتان في الإقرار بالمال، فإن كل إقرار كذلك كما مر، فافهم. قوله: (أن المرأة التي كانت له الخ) بهذا تعين أن المطلقة الآن هي بنت فلان حيث لم يكن في نكاحه غيرها. أفاده ط. قوله: (قبل هذا التطليق) أي الذي وقع فيه التعيين من أحد الشاهدين ط. قوله: (ومنها ادعى ملك داره) الأولى دار بلا ضمير، وهذه المسألة مكررة مع الثامنة. قوله: (ومنها ادعى ألفين الخ) في بعض النسخ «ألفاً» والصواب إسقاط كل منهما[1] والاقتصار على قوله ألفاً وخمسمائة. قال في الكنز: فإن شهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لم تقبل، وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي

(١) في ط (قوله والصواب إسقاط كل منهما الخ) حاصل القول هنا أن الإمام شرط لصحة الدعوى أن يدل لفظ كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر دلالة مطابقية، وأن يدل كلام المدعي على المشهود به ولو دلالة تضمنية، واكتفى عندهما بالتضمنية في كلا الدلالتين، ولم يقل أحد باشتراط المطابقية في دلالة كلام المدعي على المشهود به كما ظن العلامة المحشي، فذكر ما ذكر من التصويب بالنسبة لصورة دعوى الألفين التي شهد فيها أحد الشهود بألف والآخر بألف وخمسمائة، فإنه يقضى بالألف إجماعاً لوجود دلالة كلام كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر بطريق المطابقة وتضمن المدعي المشهود به.

ومنها: لو شهدا أن له على هذا الرجل ألف درهم، وشهد أحدهما أنه قد قضاه المطلوب منها خمسمائة والطالب ينكر ذلك، فإن شهادتهما على الألف مقبولة. والولوالجية.

ومنها: ادعى جارية في يد رجل وجاء بشاهدين، فشهد أحدهما أنها جاريته غصبها منه هذا، وشهد الآخر أنها جاريته ولم يقل غصبها منه قبلت. مجمع الفتاوى.

ومنها: شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل عنده، خلافاً لهما. جامع الفصولين.

ومنها: شهد أحدهما بكفالة والآخر بحوالة، تقبل في الكفالة لأنها أقل. جامع الفصولين.

ومنها: شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها وحدها، والآخر أنه وكله بطلاقها

بدعي ذلك. قبلت على ألف. قال في البحر: لاتفاقهما على الألف لفظاً ومعنى، وقد انفرد أحدهما بخمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه بخلاف الألف والألفين، لأن لفظ الألف غير لفظ الألفين ولم يثبت واحد منهما، وتمامه فيه. قوله: **(وشهد أحدهما الخ)** أي زاد في شهادته أنه قضاه منها خمسمائة لم تقبل هذه الزيادة ما لم يشهد معه بها آخر، ولا يكون ذلك تكذيباً لشاهد القضاء لأنه لم يكذبه فيما شهد له بل فيما شهد عليه. قوله: **(خلافاً لهما)** استظهر صدر الشريعة قولهما، وهذا إذا لم يذكر المدعي لونها. ذكره الزيلعي ط. قوله: **(شهد أحدهما بكفالة)** مكررة مع التاسعة والعشرين ط. قوله. **(تقبل في الحوالة**[1] **لأنها أقل)** وهذان اللفظان جعلا كلفظة واحدة؛ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة. جامع الفصولين.

قلت: ووجه كون الكفالة أقل أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل. بخلاف الحوالة فإنه يثبت في ذمة المحال عليه وتثبت مطالبته أيضاً، فقد اتفق الشاهدان على ثبوت المطالبة واختلفا في ثبوت الدين. قوله: **(ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها الخ)** مكررة مع السادسة والعشرين، لأن في كل منهما تثبت الوكالة فيما اتفقا عليه لا فيما اختلفا فيه لقبول الوكالة التخصيص كما قدمناه. قوله:

---

(١) في ط (قوله تقبل في الحوالة) كذا بخطه: والذي في نسخ الشارح التي من [illegible]، ويؤيده قوله بعد ذلك قلت ووجه كون الكفالة أقل الخ.

وطلاق فلانة الأخرى: فهو وكيل في طلاق التي اتفقا عليها، وهي فيه أيضاً.

ومنها: شهدا بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله، تقبل في الوكالة لا في العزل، وهي منه أيضاً.

ومنها: ادعت أرضاً شهد أحدهما أنها ملكها عن الدستيمان، وشهد الآخر أنها تملكها لأن زوجها أقرّ أنها ملكها تقبل، لأن كل بائع مقرّ بالملك لمشتريه فكأنهما شهدا أنه ملكها. وقيل ترد، لأنه لما شهد أحدهما أنه دفعها عوضاً وشهد بالعقد وشهد الآخر بإقراره بالملك فاختلف المشهود به. أما لو شهد أحدهما أن زوجها دفعها عوضاً والآخر بإقراره أنه دفعها عوضاً اتقبل لاتفاقهما. كما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بإقراره به. وهي في جامع الفصولين. انتهى كلام الشيخ صالح ابن الشيخ محمد بن عبد الله الغزي.

[في الأشباه: السكوت كالنطق في مسائل] عدّ منها سبعة وثلاثين.

(وهي فيه) أي هذه المسألة في جامع الفصولين. قوله: (تقبل في الوكالة لا في العزل) فهي نظير ما لو شهدا بألف وزاد أحدهما أن المطلوب قضاه منها خمسمائة والطالب ينكر. قوله: (عوضاً عن الدستيمان) بالدال والسين المهملتين: وفي أكثر النسخ الاستيمانه بالألف واللام قبل السين: والذي في جامع الفصولين: هو الأول وهو ما يدفعه الزوج للمرأة لأجل الجهاز، وتقدم بيانه في باب المهر. قوله: (لأن كل بائع الخ) أي والزوج هنا باعها الدار بالدستيمان ط. قوله: (وشهد بالعقد) الأولى إسقاط الواو كما رأيته مصلحاً في نسخة جامع الفصولين، فيكون جواباً لما، وهو أولى من جعل جواب قوله: «فاختلف» لأن اقترانه جواباً بالفاء قليل. قوله: (تقبل لاتفاقهما) أي لأن كلًّا منهما شهد على القول، لأن قول أحدهما دفعها عوضاً بمعنى باعها والآخر شهد على الإقرار بذلك والإقرار بالبيع يصلح لإنشائه وبالعكس. قال في جامع الفصولين: ادعى شراء وشهد أحدهما به والآخر أنه أقر به تقبل، لأن لفظ الشراء يصلح للإقرار وللابتداء فقد اتفقا على أمر واحد، ثم قال: لو ادعى الغصب وشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لا تقبل اهـ: أي لأن أحدهما شهد بفعل والآخر بقول.

مَطْلَبٌ: الْمَوَاضِعُ الَّتِي يَكُونُ فِيهَا السُّكُوتُ كَالْقَوْلِ

قوله: (عدّ منها سبعة وثلاثين) ١. سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج، ٢. سكوتها عند قبض مهرها، ٣. سكوتها إذا بلغت بكراً فلا خيار لها بعده، ٤. حلفت أن لا تتزوج فزوّجها أبوها فسكتت حنثت، ٥. سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب له، ٦. سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن،

٧. سكوت الوكيل قبول، ويرتد برده، ٨. سكوت المقر له قبول، ويرتد برده، ٩. سكوت المفوض إليه القضاء أو الولاية قبول، وله رده، ١٠. سكوت الموقوف عليه قبول، ويرتد برده، وقيل لا، ١١. سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً. والتلجئة: أن يتواضعا على إظهار البيع عند الناس لكن بلا قصده، ١٢. سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضاه ١٣. سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري يسقط الخيار، بخلاف سكوت البائع بالخيار، ١٤. سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن بقبضه صحيحاً كان البيع أو فاسداً، ١٥. سكوت الشفيع حين علم بالبيع، ١٦. سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري إذن في التجارة. أي فيما بعد ذلك التصرف لا فيه، ١٧. لو حلف المولى لا يأذن له فسكت حنث في ظاهر الرواية، ١٨. سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه إن كان يعقل، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه. أي لأن الرهن محبوس بالدين ويستوفى منه عند الهلاك، فصار كالبيع، ١٩. لو حلف لا ينزل فلاناً في داره وهو نازل في داره فسكت حنث، لا لو قال أخرج منها فأبى الخروج فسكت: أي لأن النزول مما يمتد فلدوامه حكم الابتداء، بخلاف الخروج فإنه الانفصال من داخل إلى خارج، ٢٠. سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته إقرار به فلا يملك نفيه، ٢١. سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به: أي بخلاف سكوته عند ولادة قنته، ٢٢. السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً لا لو فاسقاً عنده، وعندهما رضا ولو فاسقاً، ٢٣. سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف، ٢٤. سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى، فلينظر المفتي: أي لاختلاف التصحيح كما سيذكره الشارح، لكن المتون على الأول، فقد مشى عليه في الكنز والملتقى آخر الكتاب في مسائل شتى، واحترز بالبيع عن نحو الإجارة والرهن، ٢٥. رآه يبيع عرضاً أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت تسقط دعواه: أي أن الأجنبي كالجار مثلاً لا يجعل سكوته مسقطاً لدعواه بمجرد رؤية البيع، بل لا بد من سكوته أيضاً عند رؤيته تصرف المشتري فيه زرعاً وبناء، بخلاف الزوجة والقريب، فإن مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه، ٢٦. أحد شريكي العنان قال للآخر إني أشتري هذه الأمة لنفسي خاصة فسكت الشريك لا تكون لهما: أي بل للمشتري؛ أما في المفاوضة فلا بد من النطق، ٢٧. سكوت الموكل حين قال له الوكيل شراء معين أريد شراءه لنفسي فشراه

قلت: وزاد في تنوير البصائر مسألتين: (الأولى): مسألة السكوت في الإجارة قبول ورضا. وكقوله لساكن داره أسكن بكذا وإلا فانتقل فسكت لزمه المسمى، وذكره المؤلف في الإجارة.

(الثانية): سكوت المودع قبول دلالة. قال المؤلف في بحره: سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة. هـ.

(وزاد عليها في زواهر الجواهر مسائل): منها عند قوله الرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته، فقال: وكذا سكوتها عند بيع زوجها كما في البزازية: الفتوى على عدم سماع الدعوى في القريب والزوجة. اهـ. وصحح قاضيخان أنها تسمع، فليتأمل عند الفتوى.

كان له. ٢٨. سكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشتري إذن. ٢٩. سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه رضا لكن اعترض بما في الأشباه أيضاً: لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذناً بإتلافه. ٣٠. سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث. ٣١. دفعت في تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت ليس له الاسترداد. ٣٢. أنفقت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم. ٣٣. باع جارية وعليها حلي ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلمها وذهب بها والبائع ساكت كان بمنزلة التسليم فكان الحلي له. ٣٤. القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح. ٣٥. سكوت المدعى عليه ولا عذر به إنكار، وقيل لا ويحبس: أي قيل لا يكون إنكاراً ولا إقراراً فيحبس عند الثاني، كما لو قال لا أقر ولا أنكر، وبه أفتى صاحب البحر. ٣٦. سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد تعديل. ٣٧. سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة اهـ. ملخصاً مع زيادات.

قوله: (وزاد في تنوير البصائر) أي حاشية الأشباه والنظائر للشرف الغزي. قوله: (كقوله لساكن داره) أي ساكنها بإعارة أو غصب مثلاً. قوله: (وذكره المؤلف) أي مؤلف الأشباه. قوله: (قال المؤلف الخ) بيان لقوله سكوت المودع. قوله: (فإنه قبول دلالة) أي فيضمن بالتعدي. قوله: (عند قوله) أي قول صاحب الأشباه. قوله: (لما في البزازية) أي في آخر الفصل الخامس عشر من كتاب الدعوى إذا باع عقاراً وامرأته أو ولده حاضر ساكت إلى أن قال بعد حكايته اختلاف الفتوى ما نصه: وفي الفتاوى: يتأمل المفتي في ذلك، فإن رأى المدعي الساكت الحاضر ذا حيلة أفتى بعدم السماع، لكن الغالب على أهل الزمان الفساد فلا يفتى إلا بما اختاره أئمة خوارزم اهـ. قوله (في القريب والزوجة) على تقدير مضاف. أي في حضورهما كما يعلم مما نقلناه عن البزازية، فافهم. قوله: (فليتأمل عند الفتوى) أي بسبب اختلاف التصحيح بأن ينظر في

قلت: ويزاد ما في متفرقات التنوير من سكوت الجار عند تصرف المشتري فيه زرعاً وبناء، وعزيناه للبزازي، وهكذا ذكره في تنوير البصائر معزياً إليها، فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر كيف ذكر صدر كلام البزازية وترك الآخر.

ومنها: لو تزوجت من غير كفء فسكت الولي حتى ولدت كان سكوته رضا. زيلعي.

ومنها ما في المحيط: رجل زوّج رجلاً بغير أمره فهنأه القوم وقبل التهنئة فهو رضا، لأن قبول التهنئة دليل الإجازة.

ومنها: أن الوكالة تثبت بالصريح، ولذا قال في الظهيرية: لو قال ابن العم

المدعي هل هو ذو حيلة أو لا، لكن قدمنا أن المتون على عدم السماع؛ ووجهه ما نقلناه آنفاً عن البزازية من غلبة الفساد.

قلت: لكن لا يلزم من غلبة الفساد أن لا يوجد من يعلم حاله بالصلاح وعدم التزوير. تأمل. قوله: (من سكوت الجار عند تصرف المشتري) أي وعند البيع، فسكوته عند البيع فقط لا يمنع دعواه، بخلاف الزوجة والقريب كما قدمناه، وليس لهذا مدة محدودة. وأما عدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إذا تركت بلا عذر فذاك في غير هذه الصورة مع أنه منع سلطاني فيكون القاضي معزولاً عن سماعها، ولولا ذلك المنع تسمع ما لم يمض ثلاث وثلاثون سنة على ما نقله في الفوائد البحرية عن المبسوط من عدم سماعها إذا تركت هذه المدة بلا عذر كما أوضحته في «تنقيح الحامدية» ثم إن من لم تسمع دعواه لمانع لا تسمع دعوى وارثه بعده كما في البزازية وغيرها. قوله: (وعزيناه للبزازي) أي عزى ما في متفرقات التنوير. قوله: (فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر الخ) أي الشيخ صالح ابن صاحب تنوير الأبصار.

والحاصل أنه في البزازية ذكر أولاً المسألة السابقة آنفاً ثم ذكر هذه. ثم إن صاحب زواهر الجواهر أراد الاستدراك على الأشباه بزيادة صور أخرى، فنقل عن البزازية المسألة الأولى، وترك هذه مع أنها مذكورة في البزازية، فكأنه نظر إلى أول العبارة وترك آخرها.

قلت: لا عجب أصلاً، بل إنما ترك هذه لكونها مذكورة في الأشباه فإنها المسألة الخامسة والعشرون والمقصود الزيادة على الأشباه. قوله: (لو تزوجت من غير كفء الخ) هذه مبنية على ظاهر الرواية، وأما على رواية الحسن المفتى بها فلا ينعقد النكاح ط. قوله: (لأن قبول التهنئة دليل الإجازة) أي دليل على أن سكوته وقت التزويج كان رضا وإجازة، وبهذا يظهر أنه لا يلزم أن يكون قبول التهنئة بدون قوله: فانهم. قوله: (ومنها أن الوكالة تثبت بالصريح الخ) الأولى أن يقول: تثبت بالسكوت

للكبيرة إني أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت فزوجها جاز. ذكره المؤلف في بحره من بحث الأولياء.

ومنها: سكوت أهل العلم والصلاح في التعديل كما في شهادات البحر. قال: ويكتفي بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد؛ لما في الملتقط: وكان الليث بن مساور قاضياً فاحتاج إلى تعديل، وكان المزكي مريضاً فعاده القاضي وسأله عن الشاهد فسكت المعدل ثم سأله فسكت، فقال: أسألك ولا تجيبني؟ فقال المعدل: أما يكفيك من مثلي السكوت.

قلت: قد عدّ هذه في الأشباه معزياً لشهادات شرحه، فكيف تكون زائدة؟ نعم زاد تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد.

ومنها: لو أن العبد خرج لصلاة الجمعة فرآه مولاه فسكت حل له الخروج لها، لأن السكوت بمنزلة الرضا كما في جمعة البحر.

ومنها: ما في القنية بعد أن رقم بعلامة (قع عت) ولو زفت إليه بلا جهاز فله أن يطالب بما بعث إليها من الدنانير، وإن كان الجهاز قليلاً فله المطالبة بما

كما تثبت بالصريح. وفي نسخة: كما تثبت بالصريح تثبت بالسكوت، وهي أوضح، والمراد بالوكالة التوكيل كما يفيده التمثيل، وإلا فقد عدّ من جملة المسائل المزيد عليها وهو السابع منها سكوت الوكيل قبول، والمراد به التوكل لا التوكيل تأمل. قوله: (فكيف تكون الخ) اختلفت النسخ في هذه العبارة. فالذي في أغلب النسخ: فكيف يكون أن فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد. وفي بعضها لكون باللام، ونعدها بالنون بدل الفاء، وعليه فقوله لكون علة لقوله نعدها، والمعنى كيف نعدها من الزوائد لأجل كونه قيد المزكي بكونه من أهل العلم والصلاح.

وحاصله الاعتراض على صاحب زواهر الجواهر بأن قول الأشباه سكوت المزكي عند السؤال عن الشاهد تعديل مقيد بكونه من أهل العلم والصلاح فلا يكون بزيادة هذا القيد، زاد عليه مسألة أخرى. وفي بعض النسخ: فكيف تكون من الزوائد إلا أن يقال فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد اهـ. وعليه فهو اعتذار لا اعتراض. قوله: (بعلامة قع عت) الأول بالقاف والعين المهملة رمز للقاضي عبد الجبار، والثاني بالعين المهملة والتاء رمز لعلاء الدين الترجماني اهـ ح. قوله: (من الدنانير) أي التي يبعثها الزوج إلى أبي الزوجة بمقابلة الجهاز، وهي المسماة في عرفهم بالدستيمان كما قدمناه، وقدمنا تحقيقه في باب المهر واختلاف التصحيح والتوفيق بين ما إذا كان من جملة المسمى في المهر أو كان المسمى غيره، ففي الثاني له

يليق بالمبعوث في عرفهم (نج) يفتي بأنه إذا لم تجهز بما يليق فله استرداد ما بعث والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها؛ ولو سكت بعد الزفاف زماناً يعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء.

ومنها: إذا أبرأه فسكت صح، ولا يحتاج إلى القبول، هكذا ذكره البرهان في الاختيارات في كتاب الإقرار.

ومنها: سكوت الراهن عند بيع المرتهن الرهن يكون مبطلاً في إحدى الروايتين. ذكره الزيلعي وغيره، وهي تعلم من الأشباه أول القاعدة. الحمد لله العزيز الوهاب، وهو أعلم بالصواب.

[قول الأشباه: يخلف الساكت في إحدى وثلاثين مسألة]

المطالبة بالجهاز لا في الأول فافهم. قوله: (نج) بالنون والجيم كما رأيته في نسخة مصححة من القنية، وهو رمز لنجم الأئمة الحكيمي، وبعد هذا الرمز يفتي بأنه: وجد في بعض نسخ الشارح «فج» بالفاء والجاء، وبعده يفتي مضارع «افتي» وهو تحريف. قوله: (ولو سكت الخ) هو المقصود من ذكر هذه المسألة. قوله: (ومنها إذا أبرأه فسكت) أطلقه فشمل سائر الديون، وفيه في مداينات الأشباه نقلاً عن البدائع بغير بدل الصرف والسلم، فيهما يتوقف على القبول: أي لأن الإبراء عنهما يوجب انفساخ عقدهما، فلا يتفرد أحد المتعاقدين به لأنه يوجب فوات القبض المستحق. وزاد الحموي ثالثة، وهي ما لو أبرأ الطالب الأصيل فإنه يتوقف على قبوله أو موته قبل القبول لأنه قبول حكماً. قوله: (وهي تعلم من الأشباه) حيث قال: ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لا يبطل الرهن، ولا يكون رضا في رواية اهـ. قال الزيلعي: والمذهب ما روى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن اهـ. من حاشية القتال.

قال ح: واعلم أن البائع في عبارة الأشباه هو الراهن، وفي عبارة الشارح هو المرتهن كما لا يخفى، لكن الحكم لا يختلف لما يأتي أن الرهن لا يبيعه أحدهما إلا برضا الآخر اهـ.

تتمة: زاد بعضهم ما إذا استأجر أحد الوصيين أو أحد الورثة بحضرة الوصيين من يحمل الجنازة إلى المقبرة والآخر حاضر ساكت والسكوت على البدعة والمنكر فإنه رضا: أي مع القدرة على الإزالة وإلا كفاه الإنكار بالقلب، وما لو أوصى لرجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية كما عزاه الحموي إلى معين الحكام. وزاد البيري: ما لو غزلت امرأته قطنه أو نسجت غزله ليس له تضمينها قيمته محلوجاً أو مغزولاً ويعد سكوته رضا، وكذا لو عجن العجين أو أضجع شاة فجاء انسان وخبزه أو ذبحها يكون السكوت كالأمر دلالة. قوله: (قول الأشباه: يخلف المنكر

بيانها في الشرح] قال الشيخ شرف الدين في حاشيته عليها المسماة تنوير البصائر على الأشباه والنظائر:

أقول: قال في شرحه المنح عليه: ثم اعلم أن المصنف اقتصر على عدم الاستحلاف عنده على الأشياء التسعة. وفي الخانية أنه لا يستحلف في إحدى وثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه، فنذكر سرداً اختصار التسعة.

وفي تزويج البنت صغيرة أو كبيرة. وعندهما يستحلف الأب في الصغيرة.

وفي تزويج المولى أمته خلافاً لهما.

وفي دعوى الدائن الإيصاء فأنكره لا يحلف.

وفي دعوى الدين على الوصي وفي الدعوى على الوكيل في المسألتين كالوصي.

وفيما إذا كان في يد رجل شيء فادعاه رجلان كل شترى منه فأقر به

في إحدى وثلاثين) صوابه «لا يحلف» كما يوجد في بعض النسخ، وفي بعضها «يحلف المنكر إلا في إحدى وثلاثين». قوله: **(بيانها في الشرح)** أي في البحر.

مطلب في المواضع التي لا يحلف فيها المنكر

قوله: **(على الأشياء التسعة)** بتقديم التاء على السين كالتي بعدها اهـ ح. وهي ما سيأتي في كتاب الدعوى من قوله: ولا تحليف في نكاح أنكره هو أو هي ورجعة جحدها هو أو هي بعد عدة وفيء إيلاء أنكره أحدهما بعد المدة واستيلاد تدعيه الأمة ورق ونسب وولاء، بأن ادعى على مجهول أنه قنه أو ابنه وبالعكس، وحد ولعان

والحاصل أن المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود اهـ. وأفاد أن ما ذكر من عدم التحليف في هذه التسعة على قول الإمام خلاف المفتى به. قوله: **(وفي تزويج البنت)** عطف على التسعة: أي وذكر عدم الاستحلاف في تزويج البنت اهـ ح. أي إذا ادعى عليه أنه زوجه بنته صغيرة أو كبيرة، وهي مسألة واحدة، وإلا زادت على العدد المذكور ط. قوله: **(وعندهما يستحلف الأب في الصغيرة)** يوجد في بعض النسخ «لا يستحلف» والذي في البحر بدون «لا» وهو الصواب. قوله: **(وفي دعوى الدائن الإيصاء)** أي دعواه على رجل أنك وصي الميت فادفع لي ديني من تركته ط. قوله: **(وفي دعوى الدين على الوصي)** أي دعواه على الوصي الثابتة وصايته بأن لي على الميت كذا ولا بينة للمدعي، فلا يحلف الوصي إذا أنكر الدين. قوله: **(في المسألتين كالوصي)** أي إذا ادعى الدائن على الوكيل بالوكالة فأنكرها أو ادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فأنكره، ففي المسألتين لا يحلف كالوصي فيهما. قوله: **(كل اشترى منه)**

لأحدهما وأنكر للآخر لا يحلفه؛ وكذا لو أنكرهما فحلف لأحدهما فنكل وقضى عليه لم يحلف للآخر.

وفيما إذا ادعيا الهبة مع التسليم من ذي اليد فأقر لأحدهما لا يحلف للآخر، وكذا لو نكل لأحدهما لا يحلف للآخر.

وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه فأقر به لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل لا يحلف للآخر.

وفيما إذا ادعى أحدهما الرهن والتسليم والآخر الشراء فأقر بالرهن وأنكر البيع لا يحلف للمشتري(١).

ولو ادعى أحد هذين الإجارة والآخر الشراء فأقر بها وأنكره لا يحلف

أي ادعى كل منهما أنه اشترى منه ذلك الشيء، ومجرد ذكر الشراء بالعقد. قوله: (لا يحلفه) لأنه لما أقر به لأحدهما صار له، فإذا نكل عن اليمين لا يصير للآخر فلا يحلف لعدم الفائدة. قوله: (لو أنكرهما) أي أنكر دعواهما. قوله: (فحلف لأحدهما) بتشديد اللام مبنياً للمجهول: أي طلب القاضي تحليفه لأحدهما. قوله: (لم يحلف للآخر) لأن نكوله بمنزلة إقراره به للأول. قوله: (وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه) أي ادعى كل منهما أن ذا اليد رهن عندي هذا الشيء وقبضته منه. قوله: (فأقر بالرهن وأنكر البيع الخ) أما لو أقر بالبيع وأنكر الرهن، فالظاهر أنه لا يحلف للأول، لأنه لما أقر بالبيع صار ملك المشتري فلا يملك الإقرار بعده بالرهن، لأنه إقرار على الغير فلا فائدة لتحليفه بالنكول الذي هو بمنزلة الإقرار. قوله: (لا يحلف للمشتري) لعل وجهه أنه لو طلب تحليفه فنكل حتى صار نكوله إقراراً بالبيع لا يكون له فائدة، لأن المرتهن يمكنه فسخ البيع(٢)، وكذا يقال في المسألة بعدها. ولكن هذا مبني على القول بأن المرتهن والمستأجر فسخ البيع ولكن المعتمد خلافه، وإنما لهما حبس الرهن والمأجور، تأمل. قوله: (فأقر بها) أي بالإجارة، وفي بعض النسخ بهما: أي بالرهن في الصورة الأولى وبالإجارة في هذه، والأولى أولى. قوله: (وأنكره) أي أنكر البيع

---

(١) قوله: (قول الشارح لا يحلف للمشتري) أي لعدم الفائدة، لأن المقصود من الإنكار [illegible] الانتفاع به، وهو هنا متعذر لاستحقاق المرتهن الحبس بالإقرار السابق، وإقراره بعده على عاقد الشراء لا يسري على المرتهن، وكذا المستأجر، بل إقراره يقتصر عليه [illegible] الآن، وهو معيب، والعبد [illegible] نكوله بعد النكول إقرار.

(٢) قوله: (لأن المرتهن يمكنه فسخ البيع) فيه نظر، إذ المصرح به أن المرتهن والمستأجر لا يملك فسخ العقد، بل يحتمل أنه لا ينفسخ [illegible] الفائدة، ويكون للمطالب [illegible] فيرجع إلى ما كتبناه على قول الشارح: لا يحلف للمشتري.

لمدعيه، ويقال لمدعيه إن شئت فانتظر انقضاء المدة أو فك الرهن، وإن شئت فانسخ.

وفيما إذا ادعى أحدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فأقر لأحدهما لا يحلف.

وفيما إذا ادعى كل منهما الإجارة فأقر لأحدهما أو نكل لا يحلف، بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل يحلف للثاني؛ كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما يحلف للثاني، وكذا الإعارة، ويحلف ما له عليك كذا ولا قيمته وهي كذا وكذا.

وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل بالعيب لم يحلف وكيله.

وفيما إذا أنكر توكيله له بالنكاح.

قوله: (ويقال لمدعيه الخ) أي مدعي الشراء في الصورتين، وهذا إذا أثبت الشراء، وإلا فما فائدة هذا القول، لكن فيه أن الكلام فيما إذا أنكر وليس للمدعي بينة، لا إن طلب التحليف عند العجز عن البينة. إلا أن يقال: وجد بينة بعد. قوله: (أو فك الرهن) معطوف على انقضاء، وفيه لف ونشر مشوش. قوله: (فأقر لأحدهما لا يحلف) لأن كلاً منهما يدعي الملك، فإذا أقر به لأحدهما ثبت، ولا يصدق بعده بنكوله، فلا فائدة في التحليف. قوله: (أو نكل) لأنه بمنزلة الإقرار. قوله: (الغصب منه) أي من المدعي. قوله: (يحلف للثاني) لأنه لو أقر للثاني بالغصب يؤاخذ به لأنه إقرار على نفسه فيحلف رجاء نكوله، لكن يلزمه للثاني ضمان المغصوب بالمثل أو القيمة، لا رد عين ما في يده، لأنه صار للأول فلا يملك إخراجه عنه، وكذا يقال فيما بعده. قوله: (كما لو ادعى الخ) لأنه بإنكار الوديعة أو العارية صار غاصباً. قوله: (ويحلف ما له عليك كذا ولا قيمته) أي يحلف في مسألة الغصب وما بعدها، لما علمت من أنه بالإنكار يصير غاصباً. قوله: (ولا قيمته وهي كذا وكذا) الظاهر أن المراد التحليف على مقدار القيمة إذا ادعى أنها أقل، لأنه لما أقر به للأول وثبت له لا يمكنه تسليمه للثاني لو أقر له به أيضاً بالنكول فيكون الواجب القيمة وإن لم يقل ولا قيمته، فتأمل. قوله: (وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل الخ) أي لو باع لوكيل رجل بالشراء ثم أراد الوكيل رده عليه بعيب فادعى البائع على الوكيل أن الموكل رضي بالعيب لم يحلف الوكيل وهو المشتري. ويحتمل أن يراد ما إذا أراد الموكل رده بعيب فادعى البائع على الموكل أنك رضيت بالعيب، وكان ينبغي أن يعدها صورة أخرى، مع أنه في الخلاصة جعلهما صورتين كما يأتي. قوله: (وفيما إذا أنكر توكيله له بالنكاح) أي لو زوجه رجل فأنكر

وفيما إذا اختلف الصانع والمستصنع في المأمور به، لا يمين على واحد منهما؛ وكذا لو ادعى الصانع على رجل أنه استصنعه في كذا فأنكر لا يحلف.

الحادية والثلاثون: لو ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فأنكر لا يستحلف المديون على قوله خلافاً لهما، هكذا ذكر بعضهم. وقال الحلواني: يستحلف في قولهم جميعاً اهـ. وبه علم أن ما في الخلاصة تساهل وقصور حيث قال: كل موضع لو أقر لزمه إذا أنكره يستحلف إلا في ثلاث:

منها: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيباً فأراد أن يرده بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب لا يحلف، فإذا أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد.

الثانية: لو ادعى على الآمر رضاه لا يحلف، وإن أقر لزمه.

الثالثة: الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف، وإن أقر لزمه انتهى.

وزدت على الواحد والثلاثين السابقة:

توكيله لأنه في الحقيقة إنكار للنكاح، وقد مر. قوله: (لا يمين على واحد منهما) لأنه لو حمل ما اتفقا عليه فللمتصنع أخذه وتركه كما هو مذكور آخر السلم، فمن باب أولى إذا اختلفا ط. قوله: (لا يستحلف المديون) لأنه لو نكل يلزمه الدفع وهو ضرر به، إذ قد يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضيع عليه ما دفعه إن هلك عند الوكيل من غير تعد كما يعلم من باب الوكالة بالخصومة ط. قوله: (انتهى) أي ما في الخانية. قوله: (وبه علم الخ) من كلام الشرح المحال عليه وهو البحر. قوله: (تساهل وقصور) لاقتصاره على استثناء ثلاث ط، وهذه الثلاث تقدمت الأولى منها فقط في المسائل المارة. قوله: (فإذا أقر الوكيل) أي برضى الموكل ط. قوله: (الثانية لو ادعى على الآمر رضاه) أي رضا الآمر فاتهم. وصورتها: اشترى الوكيل شيئاً فظهر به عيب فأراد الآمر: أي الموكل رده بالعيب فادعى البائع على الآمر أنك رضيت بالعيب لا يحلف الآمر: أي لأن الرد به يثبت للوكيل ما دام حياً ولوصيه من بعده لا للموكل كما أوضحه في شرح الوهبانية، وتمام الكلام على هذه الصورة فيه، فراجعه. قوله: (وإن أقر لزمه) أي لزم الوكيل بإقراره: أي مقتضى إقراره وهو ترك المخاصمة معه، وليس المراد أنه يلزم الموكل ما أقر به وكيله. أفاده ط. ومثله في نور العين. قوله: (وزدت على الواحد والثلاثين السابقة) هذا من كلام البحر وهو عجيب، فإن ما نقله عن الخلاصة من

البائع إذا أنكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الإمام، ولو أقر به لزمه كما مر في خيار العيب. والشاهد إذا أنكر رجوعه لا يستحلف؛ ولو أقر به ضمن ما تلف بها. والسارق إذا أنكرها لا يستحلف للقطع؛ ولو أقر بها قطع، وكذا قال الإسبيجابي، ولا يستحلف الأب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والأوقاف إلا إذا ادعى عليهم العقد فيحلفون حينئذ انتهى.

قلت: وزدت على ما ذكره مسائل:

الأولى: لو ادعى على رجل شيئاً وأراد استحلافه فقال المدعى عليه هو لابني الصغير فلا يحلف. وفي فتاوى الفضلي: عليه اليمين في قولهم جميعاً، فإذا

المسائل الثلاث فيه مسألتان، وهما الثانية والثالثة لم يذكرهما في المسائل السابقة، فتصير المسائل ثلاثة وثلاثين. قوله: (البائع إذا أنكر قيام العيب للحال) أي لو ادعى المشتري إباق العبد مثلاً لم يحلف بائعه على أنه لم يأبق عند المشتري حتى يبرهن المشتري لتتوجه الخصومة على البائع، فإن برهن يحلف البائع بالله ما أبق عندك. قوله: (ولو أقر به) أي بقيام العيب للحال: أي بأنه أبق عند المشتري لزمه بإقراره: أي حكم إقراره، وهو أنه صار خصماً حتى يحلف على أنه ما أبق عندك أيضاً، وليس المراد أنه بمجرد إقراره بإباقه عند المشتري يلزمه، لأنه لا بد من وجوده عند البائع أيضاً حتى يثبت الرد. قوله. (كما مر في خيار العيب) أي مر في البحر، فإنه ذكر هذه المسائل في كتاب الدعوى لا هنا. قوله: (ضمن ما تلف بها) أي بشهادته. قوله: (والسارق إذا أنكرها) أي أنكر السرقة. قوله: (لا يستحلف للقطع) قيد به لأنه يستحلف لأجل إثبات المال، كما مر عن عصام حين سأله أمير بلخ عن سارق ينكر فقال عصام: عليه اليمين. قوله: (وكذا قال الإسبيجابي) عبارة البحر: وذكر الإسبيجابي. قوله: (ولا يستحلف الأب إلى الخ) أي لو جنى الصبي جناية فأنكر أبوه أو وصيه، أو ادعى أحد جدار المسجد أو الدار الموقوفة، وأنه أنفق على الوقف شيئاً بإذن المتولي السابق. قوله: (إلا إذا ادعى عليهم العقد) بأن ادعى على أحدهم أنه أجر كذا من مال الوقف أو الصبي مثلاً وأنكر فإنه يحلف لمن ادعى الاستئجار ط. قوله: (انتهى) أي ما في الشرح المحال عليه ط. قوله: (قلت) من كلام الشرف الغزي ط. قوله: (وفي فتاوى الفضلي الخ) الذي يظهر خلافه، ولذا قدمه الشارح وجزم به غير واحد في باب الإقرار اهـ. سائحاني.

قلت: وفي الأشباه من فن الحيل: إذا ادعى عليه شيئاً باطلاً فالحيلة لمنع اليمين أن يقرّ به لابنه أو لأجنبي، وفي الثاني خلاف اهـ. ومقتضاه أنه لا خلاف في

استحلف فنكل والمدعي أرض يقضي بالأرض للمدعي ثم ينتظر بلوغ الصبي، إن صدق المدعي كان كما قال، وإن كذبه ضمن الولد قيمة الأرض، وتؤخذ الأرض من المدعي وتدفع للصبي، وهذا بمنزلة ما لو أقرّ لغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه لا تسقط عنه اليمين فكذلك هنا.

قلت: وعلى الأول رجوع هذه إلى قول المصنف. ولا يستحلف الأب في مال الصبي، لأنه لما أقر بها للصبي ظهر أنها من ماله، وفيه تأمل.

الثانية: لو اشترى داراً فحضر الشفيع فأنكر المشتري الشراء. قال في النوازل: ولو أن رجلاً اشترى داراً فحضر الشفيع فأنكر المشتري الشراء أو أقر أن الدار لابنه الصغير ولا بينة فلا يمين على المشتري، لأنه قد لزمه الإقرار لابنه فلا يجوز الإقرار لغيره بعد ذلك.

الأول، وهو مباين لقول الفضلي عليه اليمين في قولهم جميعاً. وذكر في جامع الفصولين أن بعض المشايخ سوّوا بين الصغير والأجنبي دفعاً للحيل، وبعضهم فرقوا بينهما بأن إقراره للغائب يتوقف عمله على تصديقه، فلا يملك العين بمجرد الإقرار فلا تسقط اليمين، بخلاف إقراره للصغير. قوله: (والمدعي أرض) جملة حالية، والظاهر أنه غير قيد. وفي بعض النسخ «أرضاً» وفي بعضها «والمدعى عليه أرض» وكلاهما تحريف. قوله: (ضمن الولد قيمة الأرض) أي للمدعي اهـ. قوله: (وهذا بمنزلة ما لو أقر لغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه) جملة «لم يظهر الخ» صفة لغائب، ويوجد في بعض النسخ بعد قوله لغائب ما نصه: أي رجل ادعى على آخر أن ما في يده ملكي فقال المدعى عليه هو لفلان الغائب مثلاً لم يظهر جحوده ولا تصديقه، والظاهر أنها حاشية ألحقت بالأصل في غير محلها. قوله: (لا تسقط عنه اليمين) أي فيحلف للمدعي، فإن نكل قضى به عليه وينتظر قدوم الغائب، فإن صدق المدعي فيها وإلا دفع له وضمن قيمته للمدعي ط. قوله: (قلت) من كلام الشرف الغزي. قوله: (وعلى الأول) أي القول بعدم التحليف. قوله: (إلى قول المصنف) أي صاحب الأشباه وهو م مر آنفاً عن الإسبيجابي. قوله: (وفيه تأمل) لعل وجهه أن قول المصنف فيما تحقق أنه مال الصبي وهنا لم يعرف أنه ماله إلا بإقرار الأب، ويمكن أنه أقرّ تحيلاً لدفع الدعوى عنه ط. قوله: (فأنكر المشتري الشراء) يعني وأقر أنها لابنه كما ذكره عن النوازل، وإلا فمجرد إنكار الشراء لا يدفع عنه التحليف بل يحلف، فإن نكل قضى بها عليه كما ذكروه في كتاب الشفعة. قوله: (أو أقر أن الدار) الصواب العطف بالواو لا بأو ولما علمت. وفي جامع الفصولين: دعى شفعة بجوار فقال خصمه هذه الدار لابني هذا الطفل صح

الثالثة: لو كان في يد رجل غلام أو جارية أو ثوب ادعاه رجلان فقدمه إلى القاضي فأقر به لأحدهما ثم أراد الآخر تحليفه. فإن ادعى ملكاً مرسلاً أو شراء من جهته لم يكن له أن يحلفه، وإن ادعى عليه الغصب فله تحليفه؛ لأنه لو أقر بالغصب يجب عليه الضمان؛ كذا في النوازل.

الرابعة: لو اشترى الأب لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في مقدار الثمن فالقول للأب بلا يمين كما في كثير من كتب المذهب.

الخامسة: لو ادعى السارق أنه استهلك المسروق ورب المسروق أنه قائم عنده، فالقول للسارق ولا يمين عليه. قال أبو الليث في النوازل: وسئل أبو القاسم عن السارق إذا استهلك المسروق بعدما قطعت يده هل يضمن؟ قال: لا.

ويستوي حكمه فيما استهلكه قبل القطع وبعد القطع. قيل له: فإن قال السارق قد هلك وقال صاحب المال: لم تستهلكه وهو قائم عندك هل يحلف؟ قال: يجب أن يكون القول قول السارق ولا يمين عليه.

السادسة: إذا وهب رجل شيئاً وأراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه، كما في الخانية وغيرها.

السابعة: ادعى عليه أنك وصي فلان الميت وأنكر لا يحلف.

بإقراره لابنه، إذ الدار في يده وابتدأ دخل الملك فكان مقراً على نفسه فصح، وليس للشفيع تحليفه بالله ما أنا لنفيهما؛ لأن إقرار الأب بالشفعة على ابنه لم يجز فلا يفيد التحليف. وهذا من جملة الحيل في الخصومات؛ ولو برهن الشفيع على الشراء كان الأب خصماً لقيامه مقام الابن. قوله: (الثالثة) مكررة مع قول البحر: الخامسة إذا كان في يد رجل شيء فادعاه رجلان كل الشراء منه؛ نعم في هذه زيادة الدعوى في الملك المرسل كما في الجواهر هـ ح. قوله: (فالقول للأب بلا يمين) لأن الثمن مال الصبي ولا يستحلف في مال الصبي كما مر. قوله: (فالقول للسارق ولا يمين عليه) الظاهر أن عدم اليمين إذا كانت الدعوى بعد القطع، أما لو كانت قبله فعليه اليمين، لأنه لا يسقط تقوّم المسروق إلا بالقطع فيكون قبله مضموناً عليه وإن سقط الضمان بالقطع بعد. تأمل. قوله: (ويستوي حكمه) وهو عدم الضمان. قوله: (فيما استهلكه قبل القطع) يعني ثم قطع بعد الاستهلاك. أما لو استهلكه ولم يقطع بعد يبقى مضموناً عليه لعدم ما يسقط تقومه. قوله: (فإن قال السارق قد هلك الخ) هذا عين الاستدلال على المسألة، وعبر بالهلاك مع أن الكلام في الاستهلاك، لأنه لا فرق بينهما؛ ولأنه لازم الاستهلاك. قوله: (ولا يمين عليه) لأنه ينكر الرد كما ذكره في كتاب الهبة. قوله: (السابعة)

الثامنة: ادعى عليه أنك وكيل فلان فأنكر أنه وكيل فلان لا يحلف، وهما في البزازية.

التاسعة: قال الواهب اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترطه، فالقول له بلا يمين.

العاشرة: اشترى العبد شيئاً فقال البائع أنت محجور وقال العبد أنا مأذون، فالقول له بدون اليمين.

الحادية عشرة: إذا اشترى عبد من عبد فقال أحدهما أنا محجور وقال الآخر أنا وأنت مأذون لنا، فالقول له بلا يمين.

الثانية عشرة: باع القاضي مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضي أبرأتني منه، فالقول قوله بلا يمين؛ وكذا لو ادعى رجل قبله إجارة أرض اليتيم وأراد تحليفه لم يحلفه، لأن قوله على وجه الحكم؛ وكذا في كل شيء يدعى عليه.

الثالثة عشرة: لو طالب أبو الزوجة زوجها بالمهر فله ذلك لو صغيرة أو كبيرة بكراً، ولو اختلف الأب والزوج في بكارتها ولا بينة للزوج والتمس من القاضي تحليفه على العلم بذلك. عن أبي يوسف أنه يحلف. وذكر الخصاف أنه لا يحلف، كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن صاحب الدين أبرأه وأنكر الوكيل لا يحلف الوكيل، وكذلك هنا، كذا في الظهيرية.

الرابعة عشرة: اشترى أمة فادعى أن لها زوجاً فقال البائع لها زوج عبدي

تقدمت هي والثامنة في جملة الإحدى والثلاثين لمارة. أفاده ح. قوله: (فالقول له بلا يمين) لأن الأصل في الهبة أن تكون بلا عوض ط. قوله: (فالقول له بدون اليمين) لعل وجهه أن إقدام البائع على بيعه اعتراف منه بالإذن، فلا تسمع دعواه لتناقضه، وكذا يقال فيما بعده. قوله: (فقال القاضي أبرأتني منه) أي من ذلك العيب. قوله: (لأن قوله على وجه الحكم) فيه أن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى. وظاهره كما قال ط: إن البينة لا تقبل عليه. قوله: (لو كبيرة بكراً[1]) أما لو كانت كبيرة ثيباً فإن الأب ليس له قبض مهرها من الزوج بلا إذنها. قوله: (على العلم بذلك) أي على أنه لا يعلم أنها ثيب. قوله: (فادعى أن لها زوجاً) أي ليردها على البائع بخيار العيب، لأن ذلك ينقص عينه

(١) في ط (قوله لو كبيرة بكراً) هكذا بخطه، والذي في نسخ الشارح لو صغيرة أو كبيرة بكراً.

تطلقها قبل البيع أو مات فالقول له بلا يمين، كذا في السراجية. والله تعالى أعلم. وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب، كذا في حاشية الأشباه للشرف الغزي أيضاً.

قلت: وفي حاشيتها للشيخ صالح زاد سبعة أخر فنقول: الخامسة عشرة: لو طعن المدعى عليه في الشاهد وقال هو ادعى هذه الدار لنفسه قبل شهادته فأنكر فأراد تحليفه لا يحلف. مجمع الفتاوى.

السادسة عشرة: إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانهم فجاء غريم آخر وادعى ديناً لنفسه فالخصم هو الوارث لكنه لا يحلف، لأنه حينئذ لو أقر له لم يقبل فلم يحلف. مجمع الفتاوى.

السابعة عشرة: رجل له على رجل ألف درهم فأقر بها ثم أنكر إقراره هل يحلف بالله ما أقررت؟ قال البزدوي: نعم، وقال الصفار: لا، وإنما يحلف على نفس الحق. مجمع الفتوى.

الثامنة عشرة: دفع لآخر مالاً ثم اختلفا، فقال قبضت وديعة وقال الدافع بل لنفسك، لا يحلف المدعى عليه. قال القاضي: القول لرب المال لأنه أقر بسبب الضمان وهو قبض مال الغير. مجمع الفتاوى.

التاسعة عشرة: رجل قدم رجلاً للقاضي وقال إن فلان بن فلان الفلاني توفي ولم يترك وارثاً غيري، وله علي هذا كذا وكذا من المال، فأنكر المدعى عليه دعواه، فقال الابن: استحلفه ما يعلم أني ابنه وأنه مات، لم يحلف بل يبرهن الابن عليهما ثم يحلفه على ما يدعي لأبيه من المال؛ وقيل يستحلف على العلم، الأول قول الإمام، والثاني قولهما. وقال الحلواني: الصحيح القول

منفعة وهي استمتاعه بها. قوله: (وقال) أي المدعى عليه هو أي الشاهد. قوله: (فأقر بها) أي ادعى أنه أقر بها. قوله: (وإنما يحلف على نفس الحق) أي لأنه قد يكون أقر كاذباً، ففي إلزامه بالحلف على الإقرار إضرار به، ثم لا يخفى أنه لا فائدة في ذكر هذه المسألة لأنه يحلف اتفاقاً، وإنما الخلاف فيما يحلف عليه. قوله: (بل لنفسك) أي قرضاً أو غصباً فهو مضمون عليك بالهلاك. قوله: (لا يحلف المدعى عليه) بل يكون القول للدافع، فقوله قال القاضي بيان لحكم المسألة ط. قوله: (بل يبرهن الابن عليهما) أي على أنه ابنه وأن أباه مات. قوله: (وقيل يستحلف على العلم) أي على أنه ما يعلم أني ابنه وأنه مات. قوله: (الصحيح قول الثاني) في بعض النسخ القول الثاني، وهي

الثاني أنه يحلف. ولوالوالجية.

العشرون: منها لو ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضي إنه قد كان ادعى على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا ثم خرج من دعواه تلك فأبرأني عن هذه الدعوى فحلفه أنه لم يبرئني منها، فإن حلف حلفت له ما له علي شيء، اختلف فيه، والصحيح أنه يستحلف على دعواه. ولوالوالجية.

ومنها: لو أن رجلاً ادعى على رجل أنه حرق ثوبه وأحضر الثوب معه للقاضي وأراد استحلافه على السبب لا يحلف على السبب.

فائدة: قلت: وبهذه مع ما قبلها صارت اثنين وخمسين فلتحفظ، وقد أفاد

أولى. لأن الثاني قولهما لا قول أبي يوسف فقط، وحيث كان الصحيح التحليف فلا فائدة في استثناء هذه المسألة، وكذا التي بعدها. قوله: (ثم خرج من دعواه تلك) أي من نفس دعواه، بمعنى أنه تركها أو من مكان دعوته تلك. قوله. (والصحيح أنه) أي مدعي المال يستحلف على دعواه: أي دعوى المدعى عليه أنه أبرأه من الدعوى كما يحلف على دعوى التحليف جامع الفصولين: أي على دعواه أن المدعي حلفني على هذه الدعوى عند فلان القاضي. قوله: (وأراد استحلافه على السبب) أي سبب الضمان وهو الخرق لا يحلفه على السبب بأن يقول والله ما خرقته لأنه قد يخرقه بإذنه أو على ملكه ثم باعه له مخروقاً ولا بينة له، بل يحلفه لا ضمان له عليه بهذا الخرق. أفاده ط. قوله: (فائدة) سقط من بعض النسخ وهو الظاهر. قوله. (وبهذه مع ما قبلها صارت اثنين وخمسين) أقول: بل هي ثمانية وخمسون، في الخانية إحدى وثلاثون، وزاد في البحر ستة، وفي تنوير البصائر أربع عشرة، وفي الزواهر سبعة اهـ ح.

قلت: بل هي ستون بزيادة الثانية والثالثة من المسائل الثلاث التي اقتصر عليهما في الخلاصة كما نبهنا عليه، ومسألة المجهولة الآتية تصير إحدى وستين. وزدت عليها ثماني مسائل من جامع الفصولين: الشاهد لو أنكر الشهادة لا يحلف. المدعى عليه لو قال كذب الشاهد وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلف. ادعى عليه عتق أمته أو طلاق زوجته قبل علمه، وقيل لا. فيما لو عند القاضي. ادعيا امرأة وقال كل منهما تزوجتها فأقرت لأحدهما وأنكرت للآخر لا تحلف له وفاقاً، وكذا لو لم تقر ولكن حلفت لأحدهما فنكلت لا تحلف للآخر. بالغة زوجها وليها فادعى الزوج رضاها وأنكرت لا تحلف. وكذا لو زوجها رجل لآخر ثم ادعت المرأة به وأنكر لا يحلف. ادعى كل منهما أنه في يده ولا بينة وأراد أحدهما تحليف الآخر بالله ما تعلم أنه في يدي، قيل تحلف، وقيل لا اهـ. فصارت تسعة وستين، والحمد لله رب العالمين. قوله

الإمام الحلواني أن الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف أيضاً، إلا إذا اتهم القاضي وصي اليتيم أو قيم موقف، ولا يدعي شيئاً معلوماً فإنه يحلف نظراً للوقف واليتيم، والله تعالى أعلم.

(قول الأشباه: القاضي إذا قضى في مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا في مسائل الخ)

(تمنع الاستحلاف أيضاً) كما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة.

قوله: (إلا إذا اتهم القاضي الخ) زاد في الأشباه أربعة عن الخانية: الأولى إذا ادعى المودع على المودع خيانة مطلقة فإنه يحلفه كما في القنية. الثانية: الرهن المجهول. الثالثة: في دعوى الغصب. الرابعة: في دعوى السرقة اهـ.

مطلب: القاضي إذا قضى في مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا في مسائل

قوله: (قول الأشباه القاضي إذا قضى الخ) عبارته مع زيادة تفسير التوضيح القاضي إذا قضى في مجتهد فيه نفذ قضاؤه، إلا في مسائل نص أصحابنا فيها على عدم النفاذ لو قضى ببطلان الحق بمضي المدة: أي خلافاً لمن قال: إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه، لأنه قول مهجور، فلا ينفذ قضاء القاضي فيه إذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعي على حقه كما في العمدية.

قلت: والظاهر أنه ليس المراد من هذا القول بطلان الحق في الآخرة بل بطلان الدعوى به، لكن كونه مهجوراً ليس على إطلاقه، بل هو معمول عملاً[1] حيث قامت قرينة على بطلان الدعوى، كما تقدم في مسائل السكوت من عدم سماع الدعوى إذا سكت عند بيع القريب أو أحد الزوجين، أو سكت مع الاطلاع على تصرف المشتري، أو سكت ثلاثاً وثلاثين سنة مطلقاً منعه لذلك. قال: أو بالتفريق للعجز عن الإنفاق غائباً على الصحيح لا حاضراً: أي فإنه إذا حكم شافعي على الزوج الحاضر بالفرقة لعجزه عن النفقة نفذ حكمه عندنا، بخلاف الغائب لأن عجزه غير معلوم فلا ينفذ في الصحيح كما في الذخيرة لظهور مجازفة الشهود، وقدمنا تمام الكلام على ذلك في النفقة فافهم. قال: أو بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه لم يصح عند أبي يوسف: أي لأن حرمته منصوص عليها في الكتاب العزيز: لأن النكاح لغة الوطء، وعند محمد ينفذ، لأن هذا النص ظاهر والتأويل فيه سائغ. قال: أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها. أي على الخلاف السابق. وسيأتي في عبارة الزواهر في القسم الثاني قال: أو بنكاح المتعة: أي لأنها منسوخة، وقد صح رجوع ابن عباس عن القول بجوازها. قال: أو

---

(١) في ط (قوله بل هو معمول عملا) هكذا بخطه، ولعله سقط من قلمه كلمة به، ما لم يحصل من نوع الحذف والإيهام.

بسقوط المهر بالتقادم: أي بأن لم تخاصم زوجها فيه حتى مضت مدة طويلة ثم خاصمته يبطل حقها في الصداق، والقاضي لا يلتفت إلى خصومتها شرح أدب القضاء، فلو قضى عليها ببطلانه لم ينفذ. قال: أو بعدم تأجيل العنين: أي فلو رفع قضاؤه لقاض أبطله وأجل الزوج حولاً. خانية. قال: أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها: أي لمخالفته لقوله تعالى. ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾. قال: أو بعدم وقوع الثلاث على الحبلى، أو بعدم وقوعها قبل الدخول، أو بعدم الوقوع على الحائض أو بعدم وقوع ما زاد على الواحدة أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة: أي لمخالفته قوله تعالى. ﴿فإن طلقها فلا تحل له﴾. لأن المراد به الطلقة الثالثة، فمن قال: لا يقع شيء أو تقع واحدة فقد أثبت الحل للزوج الأول بدون الزوج الثاني، وهو خلاف الكتاب، فلا ينفذ القضاء به. شرح أدب القضاء.

قلت: فما ذكر في الفتاوى المنسوبة إلى ابن كمال باشا من وقوع طلقة واحدة لا يعول عليه، ومن أفتى به من أهل عصرنا فهو جاهل كما أوضحته في إفتاء طويل. قال: أو بعدم وقوعه على الموطوءة عقبه في عبارته في البحر، أو بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه. قال: أو بنصف الجهاز لمن طلقها قبل الوطء بعد المهر والتجهيز: أي لو طلقها قبل الدخول بعد ما قبضت المهر وتجهزت به فقضى القاضي للزوج بنصف الجهاز لرأيه أن الزوج بدفع المهر رضي بتصرفها فيه فصار كأن الزوج اشتراه بنفسه وساقه إليها ثم طلقها قبل الدخول فله نصفه لم ينفذ، لأنه قضاء بخلاف النص، لأنه تعالى جعل له نصف المفروض: أي المسمى في العقد والجهاز غير مسمى فلا يتنصف اهـ. ملخصاً من حاشية الأشباه عن المحيط. قال: أو بشهادة بخط أبيه: أي شهادته على شيء بسبب رؤيته بخط أبيه. قال في شرح أدب القضاء: صورته أن الرجل إذا مات فوجد ابنه خط أبيه في صك وعلم يقيناً أنه خط أبيه يشهد بتلك الصك، لأن الابن خليفة الميت في جميع الأشياء، لكن هذا قول مهجور الخ.

قلت: وزاد في البحر بعد هذه المسألة أو بشاهد ويمين، أو في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين، أو بما في ديوانه وقد نسي، وبشهادة شاهد على صك لم يذكر ما فيه إلا أنه يعرف خطه وخاتمه أو بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير أن تقرأ عليه وبقضاء المرأة في حد أو قود اهـ. لكن صرح في الفصولين بنفاذه في هذه المواضع، وإنما حكى خلافاً في الأول فقط، ولعله أسقطها من الأشباه لهذا، والله تعالى أعلم. قال: أو في قسامة بقتل: أي قضى فيما فيه القسامة بالقتل. وصورته كما في شرح أدب القضاء ما قاله بعض العلماء: إذا كان بين المدعى عليه والقتيل

عداوة ظاهرة ولا يعرف له عداوة على غير المدعى عليه وبين دخوله في المحلة ووجود القتيل مدة قريبة فالقاضي يحلف الولي على دعواه، فإذا حلف قضى له بالقصاص، وهو خلاف السنة وإجماع الصحابة، بل فيه الدية والقسامة عندنا. قال: أو بالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة أو قضى لولده: أي لأنه قضاء لنفسه من وجه. أما لو قضى بشهادة الابن لأبيه أو بالعكس، ففيه خلاف بين الصحابة، ثم وقع الإجماع على بطلانه فينفذ قضاؤه عند أبي يوسف بناء على أن الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف السابق عنده. وعند محمد: لا ينفذ بناء على أنه يرفعه عنده، فلم يكن قضاء في فصل مجتهد فيه. قال: أو رفع إليه حكم صبيّ أو عبد أو كافر: أي لو قضى بما حكم به هؤلاء لا ينفذ لأن حكمهم غير نافذ. قال: أو الحكم بحجر سفيه: يعني لو حجر القاضي على سفيه فأطلقه آخر جاز وبطل قضاء الأول فليس لقاض ثالث أن ينفذه، لأن الأول ليس قضاء بل فتوى لعدم المقضي له، ولئن كان قضاء فنفسه مجتهد فيه فلا يكون حجة ما لم يمضه قاض آخر، كما لو قضى المحدود في قذف لا يكون حجة ما لم يتصل به الإمضاء من قاض آخر. هذا حاصل ما في شرح أدب القضاء من باب الحجر، وبه علم أنه كان عليه أن يقول أو الحكم بحجر سفيه أبطله قاض آخر فإنه حينئذ لو رفع إلى ثالث لا ينفذه. أما لو أجازه الثاني لزم الثالث تنفيذه فافهم. قال: أو بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره أحدهما: أي حرره أحد الشريكين معسراً كما في البحر: أي لو باع الساكت نصفه وقضى القاضي به ثم اختصموا إلى آخر فإنه يبطله، لأن الصحابة اتفقوا على أنه لا يجوز استدامة الرق فيه كما في شرح أدب القضاء. قال: أو ببيع متروك التسمية عمداً: أي عند الثاني، وهو الأصح. وقالا: ينفذ كما في خزانة الأكمل. قال: أو بيع أم الولد. على الأظهر، وقيل: ينفذ على الأصح، أي الأظهر عدم النفاذ عند محمد لأنه اختلف فيه بين الصحابة، ثم وقع الإجماع على عدم جوازه، وبه يرتفع الخلاف السابق عنده كما مر. وعندهما: لا يرتفع فينفذ البيع. وذكر السرخسي أن الأكثر على عدم النفاذ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب التدبير، فراجعه فإنه مهم. قال: أو ببطلان عفو المرأة عن القود: أي لو قتل زوجها أو أبوها عمداً فعفت على القاتل فأبطله من لا يرى للنساء حقاً في القصاص ثم قبل القود رفع إلى قاض آخر فإنه لا ينفذه ويحكم بصحة العفو وبطلان القود لمخالفته للجمهور، وإن كان بعد القود فالقاضي الثاني لا يتعرض بشيء، لكن ذكر في شرح أدب القضاء أن هذا التفصيل غير سديد، بل السديد أنه بعد القود يلزمه: أي القائد القصاص لو عالماً، لأنه قتل شخصاً محقون الدم، ولو جاهلاً فالدية. قال: أو بصحة ضمان الخلاص: أي بأن

قال البائع أو أجنبي للمشتري إن استحقت الدار المشتراة من يدك فأنا ضامن لك استخلاصها بالبيع أو بالهبة وأسلمها إليك، فهذا الضمان باطل لأنه ضمن ما ليس له قدرة على الوفاء به، والقائل بأنه يصح لم يستند إلى قياس صحيح فالقضاء به باطل. وفسر أبو يوسف ومحمد الخلاص بالرجوع بالثمن عند الاستحقاق فهو والدرك والعهدة واحد عندهما، وحينئذ فالقضاء به صحيح؛ وإذا رفع إلى آخر لا يبطله، وتمامه في شرح أدب القضاء. قال: أو بزيادة أهل المحلة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد: أي إذا كانت بلا موجب، وإلا فقد ذكرنا في فروع الفصل الأول من كتاب الوقف أنه يجوز للقاضي زيادة مرسوم الإمام إذا كان يتعطل المسجد بدونها، أو كان فقيراً أو عالماً تقياً. قال: أو بحلّ المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني - أي بلا دخول كما هو قول سعيد بن المسيب لأنه مخالف للآثار المشهورة كما في القنية؛ نعم في قضاء الفتح عن الفصول: إذا طلقها الثاني بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم بصحته نفذ، إذ للاجتهاد فيه مساغ وهو صريح. قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن﴾ الآية، وهو مذهب زفر اهـ. وقدمنا الكلام على هذه المسألة في الطلاق فراجعه. قال: أو بعدم ملك الكافر مال المسلم بإحرازه بدارهم، أي دار أهل الحرب، لأنه لم يثبت فيه اختلاف بين الصحابة كما في فتح القدير، فكان القضاء به مخالفاً لإجماعهم. قال: أو ببيع درهم بدرهمين يداً بيد: أي لو قضى ببيع الفضة بالفضة متفاضلاً مع التقابض كما هو قول ابن عباس ثم يصح إذ لم يوافقه غيره لا عليه. قال: أو بصحة صلاة المحدث، أي لو قال إن صليت صلاة صحيحة فأمرك بيدك فرعف في أثناء صلاته وقضى قاض بصحتها وبأنه صار أمر المرأة بيدها، فللحنفي إبطاله لعدم وجود الشرط المأخوذ من قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ وَلْيَتَوَضَّأْ وَلْيَبْنِ عَلَى صَلَاتِهِ مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ»[1] كما في حاشية الأشباه عن تنوير الأذهان، فتأمل. قال: أو بقسامة على أهل محلة بتلف المال: أي إذا تلف مال إنسان في محلة فقضى بضمانهم بالقسامة قياساً على النفس فهو باطل لمخالفته للإجماع، فللثاني أن ينقضه كما في شرح أدب القضاء. قال: أو بحدّ القذف بالتعريض: أي كقوله: أما أنا فلست بزان، وقال به عمر رضي الله تعالى عنه، وهو قول مهجور خالفه فيه علي رضي الله تعالى عنه، فللقاضي الثاني أن يبطله ويجعل ذلك المحدود مقبول الشهادة كما في شرح أدب القضاء. قال: أو بالقرعة في معتق البعض: أي في مريض أعتق بعض عبيده بغير عينه، لكن صرح الخصاف في

[1] أخرجه البيهقي ٢/١٤٢، وانظر نصب الراية ١/٣٨، ٢/٦١، والتلخيص ١/٢٧٤.

أي فينقض فيها حكم الحاكم. قال ابن المصنف الشيخ صالح بن محمد بن عبد الله في حاشيته عليها المسماة بزواهر الجواهر في التفسير على الأشباه والنظائر: وقد ظفرت بمسائل أخر زدتها تتميماً للفائدة، وقسمتها على ثلاثة أقسام الأول: ما لم يختلف مشايخنا فيه، والثاني ما اختلفوا فيه، والثالث ما لا نص فيه عن الإمام.

واختلف أصحابنا فيه وتعارضت فيه تصانيفهم.

أدب القضاء بخفاف، نعم نقل في تنوير الأذهان عن المحيط أنه ينفذ لأنه مجتهد فيه. وعن أبي يوسف: لا ينفذ، لأن استعمال القرعة نوع قمار. قال: أو بعدم تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها لم ينفذ في الكل: أي في كل هذه المسائل. هذا ما حررته من البزازية والعمادية والصيرفية والتاترخانية اهـ. كلام الأشباه بزيادات توضحه مع ذكر المسائل التي زادها في البحر. وذكر في البحر أيضاً عقب ذلك عن السبكي أن القضاء ينقض عند الحنفية إذا كان حكماً لا دليل عليه.

مَطْلَبٌ: مَا خَالَفَ شَرْطَ الْوَاقِفِ فَهُوَ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ وَالْحُكْمِ بِهِ حُكْمٌ بِلَا دَلِيلٍ

وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه، سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً اهـ. وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم، شرط الواقف كنص الشارع فيجب اتباعه كما صرح به في شرح المجمع للمصنف اهـ. قوله: (الأول ما لم يختلف مشايخنا فيه) أي في نقضه، وكذا هو مرجع الضمير بعده، وأراد بالمشايخ الإمام وصاحبيه، وأراد بالأصحاب في قوله: «واختلف أصحابنا فيه» الصاحبين ط.

مَطْلَبٌ: الْمُرَادُ بِأَصْحَابِنَا أَئِمَّتُنَا الثَّلَاثَةُ، وَبِالْمَشَايِخِ مَنْ لَمْ يُدْرِكِ الْإِمَامَ

قلت: لكن المشهور إطلاق أصحابنا على أئمتنا الثلاثة أبي حنيفة وصاحبيه، كما ذكره في شرح الوهبانية. وأما المشايخ ففي وقف النهر عن العلامة قاسم أن المراد بهم في الاصطلاح من لم يدرك الإمام. قوله: (والثالث ما لا نص فيه عن الإمام) أي لا نص فيه ظاهر يعتمد عليه، فلا ينافي قوله الآتي في قسم الثالث إذا حكم بالشاهد واليمين في الأموال ثم رفع إلى حاكم يرى خلافه نقضه عند الثاني، وعن الإمام لا. أفاده ط. قوله: (وتعارضت فيه تصانيفهم) أي تصانيف الأصحاب بمعنى أهل المذهب.

مَطْلَبٌ: قَضَايَا الْقُضَاةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ

قال في جامع الفصولين: قضايا القضاة على ثلاثة أقسام: الأول حكمه بخلاف

(فمن القسم الأول) إذا باع داراً وقبضها المشتري واستحقت منه وتعذر على البائع ردها فقضى على البائع للمشتري بدار مثلها في المواضع والخطة والذرع والبناء، كقول عثمان البستي: ثم رفع لقاض آخر أبطله وألزم برد الثمن فقط، إلا أن يكون أحدث بناء أو غرساً فيلزمه بقيمة ذلك مع الثمن. (ومنه) حاكم قضى ببطلان شفعة الشريك ثم رفع لقاض آخر، فإنه ينقضه ويثبت الشفعة للشريك لمخالفته لنص الحديث. (ومنه) المحدود في قذف إذا قضى بعد ثبوته ثم رفع الحكم لقاض آخر لا يراه أبطله. (ومنه) ما لو حكم أعمى ثم رفع لمن لم يره

نص وإجماع وهذا باطل، فلكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه، وليس لأحد أن يجيزه. الثاني حكمه فيما اختلف فيه وهو ينفذ وليس لأحد نقضه. والثالث حكمه لشيء يتعين فيه الخلاف بعد الحكم فيه: أي يكون الخلاف في نفس الحكم فقيل نفذ، وقيل توقف على إمضاء آخر، فلو أمضاه يصير كالقاضي الثاني إذا حكم في مختلف فيه فليس للثاني نقضه، فلو أبطله الثاني بطل، وليس لأحد أن يجيزه اهـ ط. وسيأتي تمام الكلام على هذه الثلاثة في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى. قوله: (وتعذر على البائع ردها) أي إلى المشتري. قوله: (في المواضع) أي المساكن والخطة: أي المحلة والذرع: أي عدد الأذرع اهـ ح. قوله: (كقول عثمان البستي) هذا خلاف ما في الزواهر، فإن الذي فيها أن عثمان البستي قال: إذا رفع إلى قاض آخر أبطله الخ. قوله: (لمخالفته لنص الحديث) هو ما ورد «أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقْضِي بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ رَبْعٍ وَحَائِطٍ»[1]، فلا يعمل بخلاف من خالف في ذلك ط. قوله: (إذا قضى بعد ثبوته) في بعض النسخ بعد توبته: أي بعد أن تاب وهي أظهر، لأن القضاء بشيء لا يكون إلا بعد ثبوته عند القاضي، لكن كل من النسختين غير موجود في الزواهر على ما نقله المحشي أبو السعود عنها.

قلت: والصواب قبل توبته، لأن الكلام فيما ينقض ولا ينفذه أحد وهذا ليس كذلك، لما في شرح أدب القضاء: وأما المحدود في القذف إذا قضى قبل التوبة فالقاضي الثاني يبطل قضاءه لا محالة، حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث فله أن ينقضه لأنه لا يصلح قاضياً بالإجماع، فكان القضاء الثاني مخالفاً للإجماع فكان باطلاً، وأما إذا كان بعد التوبة لا ينفذ قضاؤه عندنا، لكن لقاض آخر أن ينفذه، حتى لو نفذه ثم رفع إلى ثالث ليس للثالث أن يبطله اهـ. قوله: (ومنه ما لو حكم أعمى الخ) في جامع الفصولين: ولو أمضى حكم الأعمى نفذ إذ في أهلية شهادته خلاف ظاهر، ولو رفع

(١) مسلم ٣/١٢٢٩ (١٣٤) ١٦٠٨/(٤٠٤).

نقضه لأنه ليس من أهل الشهادة والقضاء فوقها. (ومنه) إذا حكم بشهادة الصبيان ثم رفع لآخر نقضه لأنه كالمجنون، وكذا ما أداه النائم في نومه. (ومنه) الحكم بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام ورفع لآخر لا يمضيه. (ومنه) الحكم بإجارة المديون في دينه لا ينفذ. (ومنه) القضاء بخط شهود أموات لا ينفذ (ومنه) القضاء بجواز بيع الدراهم بالدنانير نسيئة. (ومنه) القضاء بشهادة أهل الذمة في الأصغار في الوصية ثم رفع لمن لا يراه نقضه. (ومنه) إذا قضى بشيء ثم رفع لآخر فنقضه ولم يبين وجه النقض أمضى النقض. (ومنه) إذا باع رجل من آخر عبداً أو أمة ومضى على ذلك مدة ثم ظهر فيه عيب ثم يقر البائع به ولم تقم بينة

حكمه إلى قاض لا يرى جواز قضائه أبطله؛ إذ نفس الحكم مجتهد فيه اهـ.

وحاصله أنه من القسم الثالث من الأقسام المارة آنفاً عن جامع الفصولين، فيتوقف على إمضاء قاض ثان، فإن أمضاه الثاني نفذ فليس لثالث إبطاله، وإن أبطله الثاني بطل، فهو نظير حكم المحدود بعد التوبة وعلمت ما فيه. قوله: (لأنه ليس من أهل الشهادة) علة للمسألتين قبله ط. قوله: (وكذا ما أداه النائم في نومه) يعني إذا أدى النائم شهادة فقضى بها ورفع لقاض آخر نقضه ط. قوله: (في شجاج الحمام) قال الشارح في الشهادات: وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب، ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات، وإن مست الحاجة لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء فكان التقصير مضافاً إليهم لا إلى الشرع. بزازية وصغرى وشرنبلالية. لكن في الحاوي: تقبل شهادة النساء في القتل في الحمام بحكم الدية لئلا يهدر الدم اهـ. فليتنبه عند الفتوى اهـ ط. قوله: (ومنه الحكم بإجارة المديون في دينه) أي لو حكم للدائن بأن يؤجر مديونه ليستوفي دينه من أجرته لا ينفذ لمخالفته، لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾. تتمة قالوا: إنه لو كان له كسب يفضل عن حاجته يأمره الحاكم بدفع الفاضل. هذا، وقد أسقط الشارح من عبارة الزواهر مسألة قبل هذه، وهي قوله: ومنه إذا قال الرجل لامرأته كلي أو اشربي يريد الطلاق فقضى عليه القاضي بذلك وفرق بينهما ثم رفع إلى من لا يراه نقضه. قوله: (ومنه القضاء بخط شهود أموات) لأن الشاهد لا بد من نطقه بالشهادة فالحكم بالخط حكم بلا شهادة فهو باطل. قوله: (نسيئة) وكذا مع التفاضل كما مر. قوله: (نقضه) لأنه لا شهادة لكافر على مسلم. قوله: (أمضى النقض) عبارة الزواهر: ثم رفع النقض إلى آخر أمضى النقض اهـ: أي حملاً لحكمه بالنقض على الصحة، بأن علم الناقض أن الحكم الأول باطل فمد عنه هنا بالنظر إلى هذا. تأمل. قوله: (ثم ظهر فيه عيب) قيده في شرح أدب القضاء بالجنون، فإن بعضهم قال: يرد العبد به مطلقاً،

بأنه كان موجوداً عنده فرده القاضي على البائع ثم رفع حكمه لآخر، فإنه يبطل الرد ويعيده للمشتري. (ومنه) إذا حكم بتحريم بنت المرأة التي لم يدخل بها ثم رفع لحكم آخر أبطل حكمه الأول؛ لمخالفته لنص - وربائبكم اللاتي في حجوركم - الآية.

(ومن القسم الثاني) إذا اختلف الأصحاب على قولين ثم أخذ الناس بأحد قوليهم وتركوا الآخر فحكم القاضي بالمتروك لم ينقض عنده خلافاً للثاني. (ومنه) إذا وطىء أم امرأته وحكم ببقاء النكاح ثم رفع لآخر يرى خلافه لم يبطله؛ ثم إن الزوج جاهلاً فهو في سعة، وإن عالماً لا يحل له المقام؛ لأن انقضاء لا

لأنه إنما يكون من نقصان يتمكن من أصل الخلقة فيكون من عند البائع. قوله: (التي لم يدخل بها) صفة للمرأة. قوله: (الآية) تمتها ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. قوله: (لم ينقض عنده خلافاً للثاني) كذا في الزواهر. ويظهر لي أن العبارة مقلوبة، والصواب ينقض عنده بإسقاط لم، لأن ما ذكره هو المسألة الأصولية، وهي أن الإجماع اللاحق هل يرفع الخلاف السابق؟ فعندهما لا، وعند محمد نعم، فإذا حكم بالقول المتروك: أي الذي ترك أهل الإجماع، فعندهما لا ينقض حكمه لعدم ارتفاع الخلاف السابق فكان حكماً في محل مجتهد فيه، وعند محمد: ينقض لارتفاع الخلاف فيكون حكماً مخالفاً للإجماع، ومثله ما قدمناه من شهادة الابن لأبيه أو بالعكس، ومن مسألة بيع المدبر، فتدبر. قوله: (ومنه إذا وطىء أم امرأته الخ) في شرح أدب القضاء: لو وطىء أم امرأته أو بنتها فخاصمته زوجته إلى قاض يرى أن الحرام لا يحرم الحلال فقضى بها لزوجها ثم رفعته إلى قاض يرى أن ذلك يحرمها على زوجها فليس للثاني أن يبطل قضاء الأول، لأن هذا مما اختلف فيه الصحابة والعلماء، فإذا قضى نفذ قضاؤه بالإجماع، فإذا قضى الثاني بخلافه كان قضاؤه مخالفاً للإجماع، ثم هل يحل للزوج المقام معها، فلو جاهلاً وقضى بالمرأة له حل بلا شبهة لا لو قضى بتحريمها ولو عالماً؟ فإن قضى عليه بأن كان هو لا يرى تحريمها والقاضي قضى بتحريمها نفذ القضاء عليه فلا يحل له المقام معها؟ وإن قضى له بأن كان هو يرى تحريمها وقضى له بحلها، فعند أبي يوسف كذلك، وعندهما يحل اهـ ملخصاً.

ورأيت بهامشه بخط بعض العلماء عند قوله فإذا قضى نفذ قضاؤه بالإجماع ما نصه: ذكر في الواقعات الصغرى أن نفاذ القضاء مختلف فيه. عند أبي يوسف: لا ينفذ وللثاني أن يبطله، وعند محمد: ينفذ وليس للثاني ذلك، فكان النفاذ المجمع عليه موقوفاً على قضاء ثان بصحة قضاء الأول اهـ. ورأيت نحوه في جامع الفصولين من حكاية الخلاف المذكور. قوله: (وإن عالماً لا يحل له المقام) أي إن عالماً بحرمتها

يحلل ولا يحرم، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى. وذكر الحاكم في المنتقى في رجل وطىء أم امرأته فقضى أن ذلك لا يحرمها، ثم رفع لآخر فرّق بينهما وذكر ذلك مطلقاً، فالظاهر أن ذلك مذهبه أو قول الإمام لمخالفته النص «ولا تنكحوا» وهو الوطء. (ومنه) إذا قضى بخلاف مذهب غلطاً ووافق قول مجتهد ثم رفع لآخر أمضاه عند الإمام. وقالا: ينقضه لأنه غلط والغلط ليس بمجتهد فيه. (ومنه) المديون إذا حبس لا يكون حبسه حجراً عليه. وقال القاسم بن معن حجر: فلو حكم به ثم رفع لآخر نقضه. وقالا: ينفذه، فلو حكم الثاني به نفذ ولا ينقض.

(ومن القسم الثالث) إذا حكم بالشاهد واليمين في الأموال ثم رفع لحاكم يرى خلافه نقضه عند الثاني. وعن الإمام لا لاختلاف الآثار. (ومنه) إذا قضى

معتقداً لها وقضى له بالحل. قوله: (وذكر ذلك مطلقاً) أي بلا حكاية خلاف. قوله: (فالظاهر أن ذلك مذهبه) أي مذهب صاحب المنتقى. قوله: (أو قول الإمام) قد علمت أنه قول أبي يوسف. قوله: (لمخالفته لنص ولا تنكحوا) أي ما نكح آباؤكم من النساء، وهذا لا يصلح دليلاً على ما قبله، بل إنما يصلح دليلاً لمسألة ذكرها في جامع الفصولين. وعبارته: ولو قضى بجواز نكاح مزنية الأب للابن أو الابن للأب لا ينفذ عند أبي يوسف، إذ الحادثة نص عليها في الكتاب اهـ ط.

مطلبٌ في قضاء القاضي بخلاف مذهبه

قوله: (ومنه إذا قضى بخلاف مذهبه الخ) في قضاء البحر: لو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً نفذ عنده. وفي العامد روايتان، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين، واختلف الترجيح. قال في الفتح: والوجه الآن أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل، وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، هذا كله في القاضي المجتهد. فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ. وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى. قوله: (وقال القاسم بن معن حجر) أي الحبس حجر ط.

قلت: والقاسم هذا من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أخذ عنه محمد بن الحسن كما في طبقات عبد القادر. قوله: (فلو حكم الثاني) أي الحاكم الثاني بأنه حجر نفذ ولا ينقض، مفاده أن هذا من القسم الثالث من الأقسام التي قدمناها عن جامع الفصولين. قوله: (إذا حكم بالشاهد واليمين) قال في جامع الفصولين: ذكر في بعض المواضع أنه ينفذ وفي بعضها لا ينفذ، وفي أقضية الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر اهـ ط. قوله: (وعن الإمام لا) تقدم أن هذا القسم لا نص فيه عن الإمام، وتقدم

بشهادة الأب لابنه أو جده ثم رفع لآخر لا يراه أمضاه عند الثاني، وينقضه عند محمد. (ومنه) إذا تزوج الزاني بابنته من الزنا وحكم الحاكم بحل ذلك ثم رفع لمن لا يراه أبطله، لأنه مما يستشنعه الناس. ذكره في شرح الطحاوي. (ومنه) رجل أعتق عبداً ثم مات المعتق ولا وارث له، ثم قضى القاضي بميراثه للمعتق، ثم رفع لحاكم آخر نقضه وجعل ماله لبيت المال، عند أبي يوسف وهو الصحيح، لقوله عليه الصلاة والسلام «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ[1]» ولا يلزم مولى الموالاة لأنه مستحق بالعقد وهو قائم بهما فاستويا كالزوجية، فاغتنم هذا المقام

جوابه. قوله: (لأنه مما يستشنعه الناس) أي يعدونه أمراً شنيعاً لأنها بنته حقيقة ولغة لوجود الجزئية، وإنما قطع الشرع نسبتها إليه فقط، إذ الجزئية لا تنتفي بالزنا ثم إنه لم يذكر فيه خلافاً، ومقتضى عده من القسم الثالث وجود الخلاف فيه. قوله: (ثم مات المعتق) بكسر التاء والذي بعده بفتحها ط. قوله: (إنما الولاء لمن أعتق) لأن إنما تفيد قصر الولاء على من أعتق، ومن أحكام الولاء الإرث. قوله: (ولا يلزم) أي لا يلزمنا أن نقول مولى الموالاة كذلك: أي أنه يكون إرثه من أحد الجانبين فقط كما قلنا في ولاء العتاقة، لأنه: أي الولاء المفهوم من مولى الموالاة مستحق بالعقد، لأن صورته أن يعقد رجلان مجهولا النسب عقد الموالاة بينهما على أن من مات منهما قبل صاحبه عن غير وارث ورثه الآخر، وهذا العقد قائم بهما: أي وجد منهما فيتوارثان به من الطرفين، بخلاف ولاء العتاقة فإن سببه الإعتاق وهو قائم بالمعتق فقط كالزوجية فإنها من أسباب الميراث والإرث ثابت بها من الطرفين لقيام عقدها بهما معاً فيتوارثان بها وإن اختلف مقدار الإرث بها من جهة أخرى وهي تفضيل الزوج على الزوجة بذكورته وكونه قواماً عليها، والله سبحانه أعلم. قوله: (فاغتنم هذا المقام) أي فز به بلا مشقة كما في القاموس، حيث قال غنم بالكسر غنماً بالضم وبالفتح وبالتحريك وغنيمة وغنماناً بالضم: الفوز بالشيء بلا مشقة اهـ. والاغتنام افتعال منه، فافهم، والله سبحانه وتعالى أعلم، وله الحمد على ما علم وفهم، وصلى الله وبارك وسلم على عبده ورسوله المعظم، وعلى آله وصحبه ومن في سلكه انتظم، لا سيما إمامنا الأعظم، وقدوتنا المقدم، وأصحابه ومشايخ مذهبه المحكم، وأتباعهم ذوو المقام الأفخم، والمصنف ذو الفضل المسلم، والشارح الذي أتقن مسائله وأحكم، ووالدينا[2] ومشايخنا وأهالينا

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٣٩٥ (٢١٥٥) ومسلم ٢/١١٤٢ (٦/١٥٠٤) كلاهما من حديث عائشة ومن حديث ابن عمر أخرجه البخاري ١٢/٣٩ (٦٧٥٢).

(٢) في ط (قوله ووالدينا) مقتضى قوله «وأتباعهم ذوو الخ» أن يقول هنا «ووالدونا الخ» بالرفع، إلا أن يجعل معطوفاً على ما قبل لا سيما على ما فيه.

فإنه من جواهر هذا الكتاب، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

ومن أسدى إلينا معروفاً وأكرم. ربي أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وأن أعمل صالحاً ترضاه وأصلح لي في ذريتي إني تبت إليك وإني من المسلمين. وتقبل مني هذا العمل، وبلغني في إكماله غاية الأمل، وجنبني فيه عن الخطأ والخلل، واجعله سبباً لغفران الذنب والزلل، وحسن الختام عند انتهاء الأجل، والحمد لله رب العالمين.

فهرس الجزء السادس
من حاشية رد المحتار على الدر المختار

الفهـرس

كتاب الحدود

كتاب السرقة

كتاب الجهاد

كتاب اللقيط

كتاب اللقطة

كتاب الآبق

كتاب المفقود

كتاب الشركة

كتاب الوقف